

LUÍS GUSTAVO BREGALDA NEVES

**TUTELAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS DO DIREITO DAS
RELAÇÕES DE CONSUMO E DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA**

UNIFIEO – Centro Universitário FIEO

OSASCO - SP

2007

LUÍS GUSTAVO BREGALDA NEVES

**TUTELAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS DO DIREITO DAS
RELAÇÕES DE CONSUMO E DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, para obtenção do título de mestre em Direito, tendo como área de concentração “Positivção e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos”, dentro do projeto 2 - A Tutela da Dignidade da Pessoa Humana perante a Ordem Política, Social e Econômica; inserido na linha de pesquisa Direitos Fundamentais em sua Dimensão Material, sob orientação da Prof^a. Dr^a Mirella D`Angelo Caldeira.

UNIFIEO – Centro Universitário FIEO

Osasco – SP

2007

FOLHA DE APROVAÇÃO**TUTELAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS DO DIREITO DAS RELAÇÕES
DE CONSUMO E DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA**

Elaborada por: LUÍS GUSTAVO BREGALDA NEVES

E aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi aceita pelo Centro Universitário - UNIFIEO e homologada como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito:

Data ____ / ____ / ____

Comissão Julgadora:

UNIFIEO – Centro Universitário FIEO

Osasco – SP

2007

"O homem culto é aquele que sabe encontrar um significado bonito para as coisas bonitas. Para ele a esperança é um fato real."

Oscar Wilde

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer à minha família por permitir que desenvolvesse meus estudos, e pelo apoio financeiro e emocional constante e incondicionado.

À minha orientadora, professora Dra. Mirella D'Angelo Caldeira pela paciência, dedicação e compreensão no correto desenvolvimento deste trabalho.

Aos professores do curso de mestrado em direito da UNIFIEO pela dedicação e excelência do ensino ministrado.

A todos aqueles que de alguma forma contribuíram para o desenvolvimento desta dissertação.

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade realizar um estudo sobre as formas de tutela constitucional do direito das relações de consumo e do direito da concorrência.

O sistema jurídico constitucional regente da ordem econômica e financeira da Constituição de 1988 enfatiza os princípios constitucionais aplicáveis às relações entre consumidor e fornecedor, e o nosso trabalho assim será pautado tendo em conta, em especial, a defesa do consumidor.

Todas as normas que serão apresentadas darão ensejo ao sentimento de justiça e igualdade a ser aplicado nas relações de consumo, preservando-se e realçando-se as características peculiares de cada parte desta relação, como forma de promoção e de proteção da dignidade da pessoa humana do consumidor. Faremos também uma análise do aspecto da defesa do consumidor, tendo em vista o direito da concorrência.

Palavras-chave: Relações de consumo – direito da concorrência – ordem econômica – defesa do consumidor – dignidade da pessoa humana do consumidor.

ABSTRACT

-

The present work has as its objective a study about the ways of constitutional tutelage of the consume relations right and the right to competition.

The constitutional law system effective of the economical and financial order, foreknew in the Republican Constitution of 1988, emphasizes the constitutional principles applicable to the relations between consumer and supplier, and this way our work will be based, considering specially, the consumer defense.

All the rules that will be presented will give opportunity to the justice and equality feeling, that must be present in the consume relations, preserving and intensifying the peculiar characteristics of each part of this relation, as a way to promote and protect the dignity of the human being as a consumer. We will also make an analysis of the consumer defense principle, in comparison with the free competition principle, as well as competition's own right to exist.

Keywords: Consume relations - right to competition - economical order - consumer defense - dignity of the human being as a consumer.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS	12
1. PRINCÍPIOS	16
1.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA	16
1.1.1 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	16
1.1.2 VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO E DA LIVRE INICIATIVA ...	19
1.1.3 LIVRE CONCORRÊNCIA E A DEFESA DO CONSUMIDOR	20
1.1.4 DEFESA DO MEIO AMBIENTE	22
1.1.5 REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS E SOCIAIS	22
1.1.6 BUSCA DE PLENO EMPREGO	23
1.1.7 DO TRATAMENTO FAVORECIDO PARA AS EMPRESAS BRASILEIRAS DE CAPITAL NACIONAL DE PEQUENO PORTE	24
1.1.8 LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA	24
2. DO DIREITO CONSUMERISTA NO BRASIL E AS TUTELAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS	26
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	26
2.2 SOCIEDADE DE CONSUMO GLOBAL	33
2.2.1 EUA	33
2.2.2 EUROPA	35

2.2.3 MERCOSUL	36
2.3 POLÍTICA NACIONAL DE RELAÇÕES DE CONSUMO	37
2.4 ELEMENTOS SUBJETIVOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO	45
2.5 ELEMENTOS OBJETIVOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO	59
2.6 DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO	60
2.6.1 DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS	61
A) DA AUTONOMIA PRIVADA	61
B) DA BOA-FÉ OBJETIVA	62
C) DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS	63
2.7 DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR	65
2.7.1 DOS PRINCÍPIOS PROTETIVOS DO CONSUMIDOR	65
A) PRINCÍPIO DA ISONOMIA OU DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR.....	65
B) PRINCÍPIO DA BOA-FÉ	65
C) PRINCÍPIO DA EQUIDADE	66
2.7.2 DA PROTEÇÃO JURISDICIONAL COLETIVA CONSTITUCIONAL DO CONSUMIDOR	66
A) AÇÃO CIVIL PÚBLICA	67
B) AÇÃO POPULAR	69
C) HABEAS DATA	71
D) EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	72

2.8 DA PROTEÇÃO DO FORNECEDOR EM FACE DO EXERCÍCIO ILEGÍTIMO DO DIREITO PELO CONSUMIDOR	74
2.8.1 DO ABUSO DE DIREITO E SUAS ESPÉCIES	75
3. TUTELAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA EM RELAÇÃO AO DIREITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO	77
3.1 DA ORDEM JURÍDICO-ECONÔMICA	77
3.2 ORDEM JURÍDICO-ECONÔMICA NACIONAL	78
3.3 ORDEM JURÍDICO-ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 ..	79
3.4 ORDEM ECONÔMICA INTERNACIONAL	82
3.5 FONTES DO DIREITO ECONÔMICO E REGRAS DE APLICAÇÃO NORMATIVA	82
3.6 DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO	88
3.6.1 MODALIDADES DE INTERVENÇÃO ECONÔMICA	89
A) REGULAÇÃO ECONÔMICA	89
B) ATUAÇÃO FISCAL	90
C) INICIATIVA POPULAR	90
D) RESERVAS AO SETOR PÚBLICO	90
E) INTERVENÇÃO INDIRETA – ESTADO EXECUTOR	91
F) INTERVENÇÃO DIRETA – ESTADO REGULADOR	92
3.7 ESTADO REGULADOR	93
3.7.1 REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO	94
3.7.2 DO DIREITO DE PROTEÇÃO À CONCORRÊNCIA	96

3.8 ESTADO EXECUTOR	101
3.8.1 EMPRESAS DO ESTADO	103
3.8.2 MONOPÓLIO ESTATAL	104
4. CONCLUSÃO	107
5. BIBLIOGRAFIA	109

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A relação de consumo apresenta-se no ordenamento jurídico constitucional pátrio sob duas facetas (naturezas), quais sejam: princípio geral da atividade econômica (art. 170, da CF) e princípio fundamental do cidadão, ambos sob o aspecto da *defesa do consumidor* (art. 5º, inciso XXXII, da CF).

Trata-se de tema relativo à ordem econômica e, fundamenta-se na valorização do trabalho e na livre iniciativa.

Visando a proteção das regras e princípios, o Estado está legitimado a impor regras e princípios e intervir sempre que necessário nas relações envolvendo fornecedor e consumidor, sempre verificando o atributo da vulnerabilidade deste último, adotando-se assim normas jurídicas e políticas públicas para a sua proteção.

Numa sociedade de consumo em massa, como a atual, perante a desigualdade dos pólos desta relação (desigualdade econômica e de conhecimento), o Poder Público tem o dever de tentar igualá-la de forma efetiva, por meio de normas cogentes e atos intervencionistas efetivos. Tal preceito visa à aplicação do princípio da igualdade material, ou seja, equilibrar os pratos da balança, de forma a conceder ao mais vulnerável (consumidor) uma proteção mais ágil em face da postura dominante do fornecedor.

A proteção ao consumidor está disciplinada no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078, de 1990).

O Código de Defesa do Consumidor estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, regulamentando o artigo 5º, XXXII, o art. 170, inciso V, da Constituição Federativa e o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O Código de Defesa do Consumidor consagra os Princípios do Dirigismo Contratual, do Protecionismo, da Vulnerabilidade dentre outros.

Quanto ao Dirigismo Contratual, temos que é o fenômeno que admite a intervenção estatal nas relações jurídicas, sobretudo em razão do consumo em massa e do novo perfil atribuído ao Estado.

A globalização e a massificação do mercado geraram várias conseqüências e dentre elas temos, a título de exemplo, o fato de que o consumidor não controla a produção ou o contrato. Tendo em vista que no liberalismo há um intervencionismo ínfimo, gera-se a necessidade do Estado de intervir de forma mais profícua na relação entre consumidor e fornecedor, por intermédio da sua Administração, bem como do legislador, que dirige o contrato, elegendo a parte hipossuficiente e a protegendo.

Quanto à vulnerabilidade do consumidor, o artigo 5º, XXXII da Constituição Federativa assevera que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". Observa-se que está explícito que o consumidor é a parte mais fraca, há uma presunção da vulnerabilidade. Sendo disciplinada no artigo 5º, conclui-se que o direito do consumidor é erigido à categoria de direito fundamental.

O artigo 170, V, da Constituição Republicana estabelece os princípios gerais da atividade econômica, entre eles: livre concorrência, e a defesa do consumidor, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

O sistema constitucional consagra o Princípio do Protecionismo do Consumidor e o Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor nas relações de consumo, e a título de exemplo temos o art. 47 da Lei n. 8.078/90 dentre outros, que disciplinam que a interpretação, no caso em concreto, deva ser realizada da maneira mais favorável ao consumidor, em especial acerca das cláusulas contratuais.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece normas de ordem pública e de interesse social, instituindo um sistema jurídico próprio aplicável às relações de consumo.

As transgressões ao CDC podem ser reconhecidas de ofício pelo Juiz ou mesmo sem provocação da parte porque decorre de normas de ordem pública e interesse social.

A Lei n. 8.078/90, em seu artigo 2º define consumidor, como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Também se equiparam aos consumidores todas as vítimas do evento danoso

causado por produtos ou serviços (art. 17) e a coletividade de pessoas expostas às relações de consumo, exemplo: publicidade enganosa ou abusiva (art. 29).

Relação de consumo é uma espécie de relação jurídica que tem por objeto produtos ou serviços e como contratantes consumidor e fornecedor. Essa relação pode ser efetiva (exemplo: compra e venda de um veículo) ou potencial (exemplo: propaganda). Assim, para que possa ocorrer uma relação de consumo, protegida pelo Código de Defesa do Consumidor, não é necessário que haja de fato a contratação ou utilização de produtos e serviços, bastando-se colocar bens à disposição de consumidores potenciais, como por intermédio da propaganda.

O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que é preciso verificar se o adquirente ou usuário do produto é realmente vulnerável na relação estabelecida, para que se possa reconhecer a incidência do CDC.

A pessoa jurídica pode ser consumidor, mas apenas aquelas que são as destinatárias finais do produto. É preciso verificar em cada relação a existência ou não da hipossuficiência.

Fornecedor é qualquer pessoa física ou jurídica de direito público ou privado, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividades integrantes da cadeia produtiva, que se inicia desde a produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação até a comercialização de produtos e serviços. A atividade de fornecedor deve ser contínua, não repentina. É necessário habitualidade, independentemente de a atividade contínua ser com ou sem remuneração.

1. PRINCÍPIOS

1.1 Princípios constitucionais da ordem econômica

1.1.1 Da dignidade da pessoa humana

Devido a grande importância do tema no que tange aos direitos fundamentais, passaremos analisar ligeiramente, mas de forma consistente, os ideais da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana consiste ao lado do direito a vida um dos alicerces principais dos direitos humanos. Trata-se de um supraprincípio, do qual derivam todos os demais.

A Constituição Republicana de 1988 numerou em seu art. 1º, III, como um dos fundamentos da república, a dignidade da pessoa humana. Com origem no segundo Pós-guerra, esta teve como principais fundamentadores, os ideais cristãos e a filosofia Kantiana.

A Igreja cristã, como já mencionado no presente estudo, contribuiu para a difusão dos ideais de uma vida digna, uma vez que apresentava o homem como a imagem e semelhança de Deus, sendo, assim, legitimado de uma vida digna.

O conceito de dignidade da pessoa humana é tema controvertido, objeto de intensa discussão no mundo jurídico. Sinteticamente, o princípio vem estabelecer a diferenciação do ser humano com os demais elementos componentes do mundo existencial. O ser humano deve ser tratado e considerado como fim em si mesmo. Todo homem tem dignidade e não preço, como as coisas, já que é marcado pela sua própria natureza, não sendo algo para servir de meio.

De acordo com o magistério de José Afonso da Silva¹, a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito a vida. Sustenta o autor, que tal princípio não se reduz apenas a defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-o nos casos de direitos sociais, por exemplo. Assim arremata o ilustre jurista, a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos a existência digna (art. 170), a ordem social visará à realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205), não meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

Ela é materializada nos deveres de proteção e promoção dos meios de concretização da vida humana digna. Para tanto, é imposto ao Estado não só o dever de abstenção, mas também deveres positivos de conduta, tanto na função legiferante (produção de leis condizentes com a promoção e proteção da vida digna), como na função administrativa (atos administrativos), de forma a criar ambiente propício ao indivíduo de viver dentro dos conformes da dignidade.

A titularidade é estendida a qualquer ser humano, independentemente de raça, cor, sexo. É constituída em benefício dos nascituros aos falecidos. A todos estes é concedido o direito ao respeito, promoção e proteção da vida digna.

A dignidade centra-se na autonomia e no direito de autodeterminação das pessoas, devendo trilhar sua vida dentro dos conformes de seguimentos político e filosófico adotados como seus.

Depois deste necessário e breve estudo introdutório é possível conceituar a dignidade da pessoa humana como a “qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir

¹ SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 105.

as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.²

Pode-se, concluir, em última análise, que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana.

Com efeito, no que se refere ao tema em estudo, a relação que o princípio tem com ordem econômica é uma ligação de extrema proeminência, uma vez que o Brasil – República Federativa do Brasil – define-se como entidade política constitucionalmente organizada, tal como constitui o texto de 1988, enquanto assegura, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, a dignidade da pessoa humana. Por outro, significa que a ordem econômica mencionada no art. 170, caput do texto constitucional – isto é, mundo do ser, relações econômicas ou atividade econômica (em sentido amplo) – deve ser dinamizada tendo em vista a promoção da existência digna de que todos devem gozar.³

A atividade econômica seja ela praticada pelo setor privado, seja pelo poder público, deverá respeitar o princípio em questão, de forma a enfatizar não só as liberdades formais como também, as chamadas por Fábio Konder Comparato, liberdades reais.

Para finalizar o precioso tema em relação ao estudo a respeito da tutela constitucional das relações de consumo, imperioso faz-se a análise da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana. Apesar da sua gênese ter se justificado

² CARVALHO, Kildare Gonçalves, **Direito Constitucional**, Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p.465.

³ GRAU, Eros Roberto, **A ordem econômica na Constituição de 1988**, Malheiros, São Paulo, 2003, p 176.

pela finalidade em frear os atos atentatórios do Estado em face do particular, também são aplicadas as vedações, como veremos oportunamente, nas relações entre particulares (*Eficácia horizontal e vertical da dignidade da pessoa humana*). A dignidade é um valor que informa toda a ordem jurídica, se assegurados os direitos inerentes à pessoa humana. Os direitos fundamentais constituem, por isso mesmo, explicitações da dignidade da pessoa, já que em cada direito fundamental há um conteúdo e uma projeção da dignidade da pessoa.

1.1.2 Valorização do trabalho humano e da livre iniciativa

Com o crescimento do capitalismo, devido da crescente preponderância do mercado no desenvolvimento dos países emergentes, o princípio da valorização do trabalho humano e a livre iniciativa atribuem uma roupagem protetiva ao trabalhador. O princípio em análise exige uma interpretação feita conjuntamente com o já estudado princípio da dignidade da pessoa humana.

A livre iniciativa é um desdobramento da liberdade, porém uma liberdade limitada. A limitação ao pleno exercício da livre iniciativa se dá por meio de lei. Somente esta poderá limitar de acordo com os ditames da política nacional a atividade econômica. Como paradigma deve se ater o Poder Público da função social que a atividade empresarial deve cumprir. Assim, a análise da liberdade de iniciativa terá como limitador os efeitos sociais que esta produzirá no meio, de modo a exigir do Estado o exercício da função de conciliador destas implicações por meio da lei.

A doutrina mais abalizada de Miguel Reale Júnior⁴ contempla que a expressão livre iniciativa abrange não só a atividade comercial, mas também a valorização do trabalho, como formas de uma sociedade livre e pluralista.

⁴ Op.cit.p.186.

À luz do presente preceito aberto, para o implemento de uma ordem econômica válida deverá ser conferido ao trabalho e seus agentes, tratamento peculiar, ou seja, ao Estado caberá a apresentação de programas de proteção a livre iniciativa sem perder de vista a valorização do trabalho humano. O capitalismo moderno trabalha conjuntamente com ambos elementos, uma vez que constituem bases relacionadas com o sentimento de justiça contemplado pelo princípio da solidariedade e da confiança. Assim estabelece o magistério do ilustre jurista Eros Roberto Grau:

Esse tratamento, em uma sociedade capitalista moderna, peculiariza-se na medida em que o trabalho passa a receber proteção não meramente filantrópica, porém politicamente racional. Titulares de capital e de trabalho são movidos por interesses distintos, ainda que se negue ou pretenda enunciá-los como convergentes. Daí porque o capitalismo moderno, renovado, pretende a conciliação e composição entre ambos. Essa pretensão é instrumentalizada através do exercício, pelo Estado – Pelo Estado, note-se -, de uma série de funções.⁵

Portanto, cabe ao Estado a função de garantidor e ponderador dos elementos da livre iniciativa e valorização do trabalho, tendo como parâmetro a dignidade humana e a função social da propriedade.

1.1.3 Livre concorrência e a defesa do consumidor

Um dos objetivos da República consagrado no texto constitucional de 1988 é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). A livre concorrência, apesar de inutilmente conforme a mais abalizada doutrina, está

⁵ Op.cit.p.179.

prevista na Constituição Federal como princípio relacionado à Ordem Econômica. A crítica feita pela doutrina indica que o preceito apresentado no art 170, IV da Constituição Federal depara-se englobado pelo princípio da livre iniciativa (art.170 caput e art.1º, IV).

A liberdade extrema gera a opressão do mais forte diante do vulnerável. Assim como parte do princípio em estudo, podemos destacar o disposto no §4º do art 173, qual seja a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

A importância do fenômeno da livre concorrência no que tange ao sistema consumerista e demais esferas do mercado é aludida brilhantemente pelo jurista Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

“Trata-se modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade como de fluidez. É este elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base da formação dos preços, que supõe a livre iniciativa e a apropriação privada dos bens de produção. Neste sentido a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que a competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração do poder. Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada”.⁶

A defesa do consumidor, portanto, é proporcionada de forma reflexa pelo Poder Público, quando assegurada eficazmente a livre concorrência de mercado, cujos reflexos voltarão inteiramente em benefício de toda coletividade.

⁶ Op.cit.p.190

A liberdade de mercado deve ser analisada juntamente com o disposto no art. 173, § 4º e demais princípios constitucionais, de forma, mais uma vez, a implementar as liberdades formal e real. Ao Estado é atribuído o dever de gerir todo esse aglomerado de ideologias e princípios relacionados a livre concorrência concomitantemente aos demais preceitos constitucionais, já que toda esta estrutura formaliza o arcabouço econômico da livre iniciativa em corroboração com os limites impostos no texto constitucional.

1.1.4 Defesa do meio ambiente

Trata-se de uma imposição limitadora do princípio da função social da propriedade. A todos os agentes de mercado é atribuído o dever de gerir suas funções sem a degradação do meio ambiente.

No que tange aos princípios e regras da ciência do direito ambiental, o consagrado preceito da função social da propriedade materializa-se por meio do princípio do desenvolvimento sustentável, de modo que a atividade empresarial deve respeitar os limites impostos pela legislação ambiental, preservando o meio ambiente seja ele de qual espécie for (natural, cultural, artificial).

1.1.5 Redução das desigualdades regionais e sociais

A Constituição Federal prevê no art. 3º, III como objetivo da República, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Incontestavelmente, o quadro vivido principalmente os países ditos emergentes é de extrema desigualdade social, visto que a maior parte da economia destes centros está concentrada nas mãos de uma minoria.

De acordo com o jurista e desembargador mineiro Kildare Gonçalves Carvalho⁷, o princípio na ordem econômica implica a necessidade de melhor distribuição da renda, mediante formulação e execução de políticas que visem promover a integração nacional nos aspectos geográficos e demográficos.

Como paradigma próprio de uma constituição programática, a Carta de 1988 estabeleceu como meta a ser alcançada por meio de programas governamentais a extirpação de tal fenômeno, qual seja a diferença econômica da população.

A padronização social visa a aplicação antes de tudo do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, é direito de todos a garantia do mínimo existencial, de forma a assegurar a maioria de desvalidos o menor conforto demandado como meio de afirmar a sua dignidade.

1.1.6 Busca de pleno emprego

A implantação de uma política estatal que garanta aos administrados o pleno emprego torna-se de grande valia a partir de uma análise globalizada de seus efeitos. A economia não existe por si só, não tem o fim em si mesmo. Ela pode ser verificada como reflexos de fatores essenciais para o propício desenvolvimento da coletividade na esfera mercantil. O ciclo econômico somente se torna promissor se tais fatores estão sincronicamente harmônicos. Nesta feita, a garantia do pleno emprego gerará reflexos em todas as vertentes do mercado, uma vez que somente através deste haverá a auferição de salários, qualificando o poder aquisitivo do cidadão, possibilitando uma maior circulação de riquezas e, conseqüentemente, desenvolvendo toda economia nacional.

⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves, **Direito Constitucional**, Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p.1005.

1.1.7 Do tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte

De acordo com a interpretação sistemática constitucional do princípio, a ordem econômica deverá apresentar normas de modo a favorecer o pequeno e microempresário, através do tratamento jurídico diferenciado, visando incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.⁸

Alude da seguinte forma o ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau:

“O princípio estabelece proteção em favor de empresas de pequeno porte, desde que tenham sido constituídas sob as leis brasileiras e tenham sede e administração no país, constituindo, em termos relativos, porém, cláusula transformadora”.⁹

Trata-se de uma vertente do princípio da isonomia limitando a livre concorrência, uma vez que somente por meio de uma política adequada a proteção do empresário de pequeno porte é que este vingará na sua empreitada, pois se do contrário fosse, certamente o capitalismo selvagem de mercado extirparia por completo qualquer possibilidade de êxito deste.

1.1.8 Livre exercício da atividade econômica (art. 170, parágrafo único, da CF)

⁸ Op.cit.p.1006.

⁹GRAU, Eros Roberto, **A ordem econômica na Constituição de 1988**, Malheiros, São Paulo, 2003, p 222.

A norma do parágrafo único do art.170, cujo conteúdo alude que será assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei, pode ser caracterizada como um reforço ao princípio da livre iniciativa. Porém, quis o constituinte devido aos dogmas enfrentados na época da elaboração do texto constitucional estabelecer norma-regra específica a circunstancia apresentada. Desta forma, está vedada qualquer imposição de empecilhos burocráticos que possam de qualquer maneira atravancar ou impedir a manifestação de qualquer atividade econômica. É autorizada, no entanto, a exigência por lei infraconstitucional o cumprimento de certos requisitos burocráticos como meio de regularização e controle pelo Estado da atividade prestada pela iniciativa privada.

2 DO DIREITO CONSUMERISTA NO BRASIL E AS TUTELAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

2.1 Considerações iniciais

Apesar da atual preocupação das organizações estatais e não estatais no que tange as relações de consumo em massa, este fenômeno existe desde os primórdios da civilização. É um fato cotidiano do ser humano, próprio da cultura de vários povos, em especial do mundo ocidental. As pessoas nascem e crescem diante do simples desejo ou motivado pela necessidade de consumir. Todos os seres humanos, alguns mais outros menos, são consumidores em potencial.

Diante deste crescente quadro de pleno desenvolvido de anseios consumeristas, cresce juntamente para o Estado a preocupação com a perspectiva macroeconômica. As relações entre empresas fornecedoras e consumidores ascendem um plano de exigência protecionista do Estado, não somente para garantir a concreta igualdade entre as partes, mas também, para atribuir ao consumidor e à sua ação no mercado uma poderosa influência sobre a concorrência e a competição empresarial. Enfatiza-se a postura do Estado na condução da política econômica de modo a captar o alcance “transindividual” das medidas tomadas.¹⁰

O tema no Brasil é relativamente novo. O primeiro órgão cuja incumbência foi a proteção dos direitos do consumidor se deu em 1978 pela Lei Estadual de São Paulo foi o PROCON. Em âmbito federal somente em meados de 1985 foi criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor por meio do Decreto nº 91.469. Este, porém, fora modificado posteriormente pela Secretaria Nacional de Direito Econômico.

¹⁰ FONSECA, João Bosco Leopoldino da, **Direito Econômico**, Belo Horizonte, Forense: 2005, p. 41.

Até a promulgação da Constituição de 1988, não existia no Brasil uma legislação que tratasse especificamente do tema em questão. A primeira manifestação legislativa que, ainda que indiretamente, se relacionava e estendia seus efeitos às relações de consumo foi o Decreto 22.626 de 1933, editado com a finalidade de reprimir a prática da usura. Foram editado o Decreto-Lei n.º 869 de 1938, Decreto-Lei n.º 9840 de 1946 e por fim em 1951, a Lei dos crimes contra a Economia Popular, esta última até hoje em vigor. Em seguida entra em vigor a Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico (Lei n.º 8884/94) que além de criar o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), veio a beneficiar o consumidor de forma indireta. Em 1995 foi editada a Lei dos Juizados Especiais (Lei n.º 9.099). Com a lei 7.492/86 passaram a ser punidos os crimes contra o Sistema Financeiro, chamados de “crimes do colarinho branco”.

A importância legislativa sobre o tema se deu em 1985 com a promulgação da Lei 7.347, que disciplinou a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao consumidor, além de outros bens tutelados. No mesmo ano foi criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, por meio do Decreto federal n.º 91.469 que no ano de 1987 foi modificado posteriormente pelo Decreto n.º 94.508

A criação da Lei 8.078/90 foi sem dúvida nenhuma a maior vitória que os consumidores tiveram em toda história. Com a inclusão na Constituição Federal de 1988, no seu art.5º, XXXII, art. 24, III, art. 170, V, os anseios da sociedade consumerista se concretizavam, vindo a ser devidamente implementado com a edição do Código de Defesa do Consumidor.

A criação do Código de Defesa do Consumidor, nos estudos de Nilton da Silva Combre, justifica-se pela necessidade de contratar do indivíduo. Ensina o autor que “daí ceder facilmente ante a pressão das circunstâncias; premido pelas dificuldades do momento, o economicamente mais fraco cede sempre as exigências do mais forte; e transforma em tirania a liberdade, que será de um só dos contratantes; tanto se abusou dessa liberdade durante o liberalismo econômico, que

não tardou a reação, criando normas tendentes a limitá-las; e assim, surgiu um sistema de leis e garantias, visando a exploração do mais fraco”.¹¹

Em razão da opressão a qual o consumidor freqüentemente era vítima e diante dos abusos praticados pelos fornecedores foi instituído o Código de Defesa do Consumidor como o maior instrumento de luta do cidadão hipossuficiente, no que tange às relações de consumo. A sua criação constituiu a viabilização dos princípios constitucionais fundamentais, da dignidade da pessoa humana, acima de tudo materializado nas suas inúmeras facetas, localizadas nos incisos do art. 5º da Constituição Republicana de 1988.

A gênese da declaração dos direitos do homem foi o direito natural e a concepção ideológica cristã. A ideologia cristã primitiva elevava o ser humano a imagem e semelhança de Deus, sendo legitimado, portanto, de toda dignidade eminente da pessoa humana.

Foi com a Declaração dos Direitos Humanos que a idéia difundiu-se, sendo a ideologia incorporada na maioria das constituições do mundo civilizado. Várias foram as fases de documentação das declarações dos direitos fundamentais. Inicialmente assumiam simples manifestos. Em seguida passaram a serem incorporados no preâmbulo das Constituições. Atualmente assumem natureza de tratados internacionais.

Podemos definir direitos fundamentais, ou como prefere o José Afonso da Silva direitos fundamentais do homem como direitos *inerentes* ao homem e oponíveis contra os poderes estatais.¹²

São características dos direitos fundamentais, de acordo com a doutrina mais abalizada, a inalienabilidade (intransferíveis, já que não possuem natureza patrimonial), irrenunciabilidade (o mero não exercício dos direitos fundamentais não

¹¹ FILOMENO, José Geraldo de Brito, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, São Paulo: Universitária, 2001, p. 25.

¹² SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 24ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

configura a sua renúncia) e a imprescritibilidade (nunca deixam de existir pelo não exercício por determinado tempo).

Necessário ainda, diante do assunto ora tratado, diferenciarmos direitos e garantias individuais. Esses são os instrumentos pelos quais a Constituição garante o exercício e a efetividade dos direitos nela previstos. É o meio estabelecido pela Constituição dos titulares exigirem que se cumpram os direitos também nela mencionados.

Grande parte da doutrina verifica que a maior parte dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal tem origem no princípio da dignidade da pessoa humana. Desta forma, o reflexo no âmbito internacional da dignidade da pessoa humana é denominado por parte da doutrina de Direitos Humanos, enquanto o reflexo interno (direito pátrio) é chamado de direitos fundamentais.

Importante destacar que, segundo a doutrina, os direitos fundamentais também podem ainda ser classificados em gerações, dividindo-se em direitos humanos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, de acordo com o momento em que foram surgindo.

Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos inerentes às liberdades. Eles estabelecem as chamadas *Liberdades Públicas*, no sentido de impedir excessos por parte do Estado em face dos indivíduos. Foram os primeiros a surgirem.

Os direitos fundamentais de segunda geração são àqueles relacionados à igualdade. São, basicamente, os direitos econômicos, sociais e culturais.

A segunda geração, nascida do Pós Guerra (1914-1918), foi marcada pela reclamação de programas garantidores de direitos como habitação, moradia, alimentação. Ao Estado foi determinada uma postura ativa, diferentemente da primeira geração cuja postura imposta era uma abstenção.

Surgem então os direitos sociais como direitos de segunda geração, diante da concepção *transpersonalista* dos direitos fundamentais.¹³

Os direitos fundamentais de terceira geração são aqueles direitos que visam proteger não só o indivíduo, mas também todo o corpo social. São os direitos difusos e coletivos. Esta geração seria composta dos direitos de solidariedade, ou seja, os direitos difusos, tais como direito ao meio ambiente equilibrado, garantia de desenvolvimento nacional, dentre outros.

Falam-se ainda numa quarta e quinta geração de direitos fundamentais. As primeiras compreenderiam os direitos das minorias, que são instrumentalizadas pelo direito à democracia, direito ao pluralismo e a informação (seriam aqueles direitos que transcendem a esfera dos indivíduos), ao passo que as de quinta geração seria o direito a uma resposta à dominação biofísica, ou seja, combate às opressões racistas e preconceituosas das classes dominantes em face das minorias.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho preleciona que *“a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: Liberdade, igualdade, fraternidade”*.¹⁴

Todas as gerações acima expostas tiveram origem nos ideais revolucionários franceses (liberdade, igualdade e fraternidade), tendo estas efeitos interativos, uma vez que todas são inerentes a pessoa humana.

No que tange a aplicação e a validade dos direitos fundamentais objetos de tratados internacionais, o Brasil adotou a teoria dualista. Somente terá força de norma formalmente constitucional se o tratado ou convenção internacional assinado passar pelo procedimento equivalente a aprovação de emenda constitucional, de acordo com § 2º, art. 5º CF. Caso contrário entrará no ordenamento jurídico

¹³ CARVALHO, Kildare Gonçalves, **Direito Constitucional**, Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p.479.

¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995, p.57.

brasileiro com força de lei ordinária, não podendo ser, portanto, parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que o viole. Mas, é bom ter sempre em mente que, tratados internacionais com conteúdo de direitos humanos são sempre normas materialmente constitucionais, de acordo com o § 3º, art.5º da CF.

Por fim, ressalte-se que apesar da aplicação imediata e de sua importância, os direitos fundamentais têm valor relativo, ou seja, poderão ser afastados na hipótese de colisão com outro direito de relevância superior. Relevância, esta, aferida de acordo com as regras da ponderação de valores e princípio da proporcionalidade.

Os direitos fundamentais de terceira geração de acordo com a classificação acima apresentada são compostos dos denominados direitos de solidariedade, ou seja, patrimônio comum do gênero humano. São direitos de titularidade coletiva, direitos difusos e se baseiam numa circunstância de fato. Dentre outros podemos destacar desta gama de direitos, o direito a paz, o direito ao patrimônio comum da humanidade e o direito ao meio ambiente equilibrado.

A tutela dos direitos coletivos por meio da Constituição Federal teve seu nascimento no ideal francês da fraternidade. Existem alguns ramos de direitos que transcendem o subjetivismo individual e atingem um número amplo de titulares. Luis Roberto Barroso leciona que, “sem minimizar a importância das situações jurídicas estritamente individuais, o Direito moderno, notadamente no campo constitucional e processual, vem se desprendendo de uma atmosfera impregnada do liberalismo individualista para um ambiente marcado pela progressiva acentuação das exigências de ordem social. Esse processo de ‘transmigração’ projeta a necessidade de tutela jurídica para além das situações subjetivas que têm titulares certos e determinados, ou mesmo aquelas que recaem sobre uma coletividade cujos membros mantêm entre si uma relação-base (v.g. sociedade, condomínio)”. Conclui o autor que “a gama de interesses a serem atendidos, denominados interesses ou direitos difusos envolve relações que se afastam do esquema rotineiro de contraposição entre um credor e um devedor. A proteção desses valores recém-descortinados, voltados essencialmente, para o aprimoramento da qualidade de

vida, em sua expressão material e espiritual, afeta uma pluralidade indeterminada de pessoas, que os desfruta em comum, sem que possam dividir”.¹⁵

Assim a principal característica desta geração de direitos fundamentais é a titularidade coletiva de agentes. São também denominados direitos “transindividuais”, já que transcendem o indivíduo visto particularmente. A tutela é dispensada a um direito que não é de um ou de outro titular, mas de uma coletividade.

Os direitos “transindividuais” localizam-se entre o interesse privado e o público, os quais são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas (como os membros de uma equipe esportiva, empregados do mesmo patrão). São interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chega propriamente constituir interesse público.¹⁶

Perante este, no quadro de interesses constitucionalmente protegidos, podemos destacar as situações fundadas nas relações de consumo. Como dito de forma introdutória ao presente trabalho, a defesa do consumidor configura, ao mesmo tempo, princípio relacionado a ordem econômica e direito fundamental do cidadão. Assim, motivado por esta dupla tutela constitucional, ao Estado foi imputado o dever de implementar, como uma das formas de efetivação dos direitos fundamentais de terceira geração, a Política Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor.

O que vem justificar a proteção ao consumidor, de acordo com as perspectivas constitucionais e direitos fundamentais de terceira geração, foi o “surgimento dos grandes conglomerados urbanos, das metrópoles, a explosão demográfica, a revolução industrial, o desmesurado desenvolvimento das relações econômicas, com a produção e o consumo de massa, o nascimento dos cartéis, ‘holdings’, multinacionais e das atividades monopolísticas, a hipertrofia da

¹⁵ BARROSO, Luis Roberto, **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, Renovar, 2006, p.136.

¹⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro, **A Defesa dos Interesses Difusos em juízo**, São Paulo, Saraiva, 2004, p.48.

intervenção do Estado na esfera social e econômica, o aparecimento dos meios de comunicação em massa e, com eles, o fenômeno da propaganda maciça, entre outras coisas, por terem escapado do controle do homem, muitas vezes voltaram contra ele próprio, repercutindo de forma negativa sobre a qualidade de vida e atingindo inevitavelmente os interesses difusos”.¹⁷

2.2 Sociedade de Consumo Global

Com a expansão e integração do mercado mundial as relações de consumo atingiram patamares internacionais, passando a ser regulamentada por outros países.

Segundo Roberto Basilone Leite “todas essas normas internacionais apresentam, como característica comum, a tendência de estabelecer um rol de direitos fundamentais do consumidor e fomentar a criação de instrumentos destinados à sua proteção”.¹⁸

2.2.1 EUA

Nos EUA o direito do consumidor surgiu com a Lei de 1872, que, genericamente, tachava os atos fraudulentos do comércio, sendo que a esfera foi ampliada em 1887, com a criação, por lei federal, da Comissão do Comércio entre Estados, encarregada de regulamentar e fiscalizar o tráfico ferroviário. Outro passo

¹⁷ Cit. ALMEIDA, João Batista de, Manual de Direito do Consumidor, São Paulo, Saraiva, 2003, p.3.

¹⁸ LEITE, Roberto Basilone. Introdução ao Direito do Consumidor – Os direitos do consumidor e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, São Paulo: Ltr, 2002, p. 30.

importante foi dado em 1914, com a criação e o aperfeiçoamento da *Federal Trade Commission* (órgão máximo do sistema de proteção ao consumidor), com o objetivo fundamental de aplicar as leis antitruste e proteger os interesses do consumidor, dotada de amplos poderes investigatórios e acesso a todos os documentos e livros contábeis, com atuação destacada em fraudes envolvendo publicidade enganosa.¹⁹

Destacam-se ainda, outras quatro agências governamentais especializadas, a saber:

a) *Consumer's Education Commission* – trata-se de órgão com a incumbência de mover e administrar programas educacionais voltados para a formação e o treinamento de pessoal especializado em educação e orientação ao consumidor;

b) *Food and Drug Administration* – órgão encarregado da fiscalização de produtos comestíveis, farmacêuticos, cosméticos e drogas;

c) *Consumer Product Safety Commission* – órgão que cuida das normas e padrões de segurança dos produtos e fiscaliza sua aplicação;

d) *Small Claim Courts* – órgãos correspondentes aos nossos Juizados de Pequenas Causas, atendendo reclamações de consumidores e desobstruindo a justiça comum.

Mas, foi em 15 de março de 1962, em discurso proferido no Congresso dos Estados Unidos, que o Presidente John Kennedy ressaltou a necessidade de que os governos passassem a reconhecer os direitos básicos dos consumidores e a implantar políticas estatais capazes de garanti-los.²⁰

¹⁹ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do Consumidor**. 3ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p.08.

²⁰ LEITE, Roberto Basilone. *Introdução ao Direito do Consumidor – Os direitos do consumidor e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Ltr, 2002, p. 30.

2.2.2 Europa

Na Europa o primeiro instrumento oficial a tratar do tema foi a Carta de Proteção ao Consumidor aprovada pela Resolução n. 543, de 17 de maio de 1973, que trouxe a definição de consumidor e algumas regras gerais de proteção.

O Conselho da Comunidade Européia editou, em 14 de abril de 1975, nova resolução instituindo o programa preliminar de política de proteção e informação dos consumidores, alicerçado em cinco categorias: a) direito à proteção da saúde e da segurança; b) direito à proteção dos interesses econômicos; c) direito á reparação de prejuízos; d) direito à informação e educação; e) direito à representação junto aos órgãos de decisão.

Em maio de 1981, foi instituído o segundo programa de proteção ao consumidor. E em julho de 1985 foi instituída a primeira norma sobre responsabilidade pelo fato do produto junto aos órgãos de decisão.²¹

Com efeito, com o surgimento da Comunidade Econômica Européia o direito comunitário europeu conheceu as diretrizes 84/450 (publicidade) e 85/974 (responsabilidade civil pelos acidentes de consumo), fontes de inspiração do Código brasileiro.²²

²¹ Op. Cit., p. 32.

²² ALMEIDA, João Batista de, **Manual de Direito do Consumidor**, São Paulo, Saraiva, 2003, p.14.

2.2.3 Mercosul

Com o fim de desenvolver o livre comércio, a livre iniciativa e a livre concorrência, Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai assinam em 1991 o Tratado de Assunção, pelo qual buscam a cristalização da união aduaneira e a livre circulação de bens e serviços no âmbito dos Estados-Membros, bem como uma política comercial coordenada e uniforme em face de outros Estados.

O Mercosul busca o espaço econômico comum, sem barreiras tarifárias e concorrência entre produtos produzidos pelos partícipes. Este constitui possui capacidade decisória intergovernamental e possui os seguintes órgãos: Grupo Mercado Comum, Conselhos do Mercado Comum e Comissão do Comercio do Mercosul. O primeiro constitui órgão de execução e é composto por quatro membros titulares e quatro membros alternos por Estado partícipe. O segundo constitui órgão superior cuja função é conduzir o processo de integração. E por fim a Comissão que tem como objeto a verificação do funcionamento da união aduaneira, acompanhamento de matérias relacionadas às políticas comerciais comuns e de cuidar da política comercial.

“O projeto se sustenta sobre as chamadas ‘cinco liberdades’: de empreendimento, de concorrência, de circulação de bens e serviços, de circulação de trabalhadores e de circulação do capital”.²³

Atualmente, são Estados associados ao Mercosul: Bolívia, Chile, Equador, Colômbia e Peru.

²³ LEITE, Roberto Basilone. Introdução ao Direito do Consumidor – Os direitos do consumidor e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, São Paulo: Ltr, 2002, p. 32.

2.3 Política Nacional de Relações de Consumo

Após esta análise meramente introdutória, é relevante destacar que o Código de Defesa do Consumidor, antes de cuidar da Política Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor, cuida da Política de Relações de Consumo, cuja finalidade é estabelecer objetivos e princípios que devem nortear o setor.²⁴

A defesa do consumidor deve ser vista como meio de harmonização entre a produção e consumo, e não um em detrimento do outro, já que ambos têm seu valor e importância dentro do sistema econômico nacional. Adiante da ordem constitucional, é impossível estabelecer regras que beneficie o consumidor em detrimento do fornecedor, uma vez que são aqueles que propiciam o lucro e subsidiam os investimentos dos segundos, os quais, por seu turno não podem prescindir dos bens da vida.²⁵

Desta forma, a Política Nacional de Relações de Consumo têm certas finalidades que motivam a sua existência.

Inicialmente podemos destacar, em primeiro plano, o objetivo de atender as necessidades dos consumidores perante a conduta dos fornecedores. A norma visa defender o consumidor diante dos seus anseios, ainda que em detrimento dos interesses do fornecedor. Ante uma análise precipitada da questão, poderíamos vislumbrar uma infração ao princípio constitucional da isonomia (art. 5º da CF). No entanto, por meio de uma análise mais acentuada, verificaríamos que em nada o princípio em questão foi transgredido. O princípio como posto na Constituição Federal, não é imperativo a uma igualdade meramente formal. Pelo contrário, o preceito imposto pelo dispositivo constitucional indica a necessidade de considerar as diferenças viventes dos grupos no momento de aplicar a norma da isonomia. A democracia não é exatamente o regime político que se caracteriza pela plena

²⁴ Op. Cit., p.14.

²⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito, e outros, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, São Paulo, Universitária, 2001, p.54.

igualdade de todos perante a lei, mas sim pelo tratamento desigual dos desiguais. O consumidor indubitavelmente no que tange a relação de consumo é a parte vulnerável, ou seja, no âmbito da tutela especial do consumidor, é ele, sem dúvida, a parte mais fraca, se tiver em conta que os possuidores dos meios de produção é que detêm todo o controle do mercado. De tal modo, o elemento discriminante da norma de proteção do consumidor é plenamente justificável devido a fraqueza deste perante o fornecedor.

Dentro do tema proposto, Política Nacional das Relações de Consumo, cabe ao Estado não apenas a criação de órgãos públicos de defesa do consumidor, como ainda o dever de incentivar a criação de associações civis que tenham no ato constitutivo o referido objeto de defesa.

Ao Estado, também, é imputado o dever de regular todo o mercado, intervindo de forma efetiva de modo a eliminar qualquer distorção que possa colocar em risco a qualidade, segurança, durabilidade ou outra propriedade essencial relacionado ao bom desempenho do serviço ou condição essencial do produto. Conforme salienta João Batista de Almeida:

“Objetivo importante dessa política é também a postura do Estado de garantir a melhoria da qualidade de vida da população consumidora, quer exigindo respeito à sua dignidade, quer assegurando a presença no mercado de produtos e serviços não nocivos à vida, à saúde e a segurança dos adquirentes e usuários, quer, por fim, coibindo os abusos praticados e dando garantias de efetivo ressarcimento, no caso de ofensa aos interesses econômicos”.²⁶

Quanto à função legiferante, deve o Estado visar sempre a transparência e a harmonia das relações de consumo, combatendo eficazmente os interesses em conflitos. Deve apresentar-se como mediador, com o fim de proteger sempre a parte mais fraca e desprotegida. A lei deve propender-se na busca da justiça social e

²⁶ ALMEIDA, João Batista de, **Manual de Direito do Consumidor**, São Paulo, Saraiva, 2003, p.14.

pacificação do litígio, de forma, como já analisado, implementar a isonomia material entre as partes.

A lei deve equacionar bem os anseios tanto dos consumidores quanto dos fornecedores. A dita vulnerabilidade do primeiro jamais poderá emperrar a atividade econômica, visto ser um dos alicerces de desenvolvimento do Estado previsto inclusive na Constituição Federal no art.170.

É conteúdo, do mesmo modo, da Política Nacional de Relações de Consumo o dever de informação e educação fornecidas pelo Estado aos consumidores. Não basta colocar a disposição destes os instrumentos necessários de informação. Deve haver uma verdadeira implementação da educação, mostrando de forma prática como chegar a certo conhecimento antes ignorado. Várias experiências já foram verificadas como, por exemplo, a exibição e distribuição de cartilhas pelo PROCON, educação nas escolas de ensino básico dentre outros. Também as entidades públicas e privadas de proteção e defesa do consumidor têm feito programas pelos meios que dispõem no sentido de bem informar os consumidores de uma maneira geral, merecendo destaque, como já mencionado, as pesquisas de preços da “cesta básica” de alimentos, indicando sua variação nos vários estabelecimentos para bem orientar as compras dos consumidores, e assim por diante.²⁷

É mecanismo de relevante valia na missão de implementação da Política em questão, o controle de qualidade e mecanismos de atendimento pelas próprias empresas. O conceito moderno de qualidade abrange tanto a adequação às normas que regem a fabricação ou prestação de determinado serviço como também o sentimento de satisfação do consumidor em relação a este produto ou serviço. Diante desta realidade, empresas têm instituído os chamados departamentos de atendimento ao consumidor, que em verdade acolhe tanto sugestões para melhoramento de seus produtos ou serviços, como igualmente recolhe reclamações

²⁷ FILOMENO José Geraldo Brito, e outros, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, São Paulo, Universitária, 2001, p.63.

e queixas. Isso demonstra que a empresa ou fornecedor não é instrumento de opressão dos vulneráveis, mas apenas um contratante, cuja finalidade é a implementação dos ditames dos princípios e regras do art. 170 CF. O controle ora em debate, nada mais é senão a implementação da função social da propriedade ou, também chamado, de função social da empresa. José Afonso da Silva explica da seguinte forma a importância do instituto em questão:

“A iniciativa econômica privada é amplamente condicionada no sistema da constituição econômica brasileira. Se ela se implementa na atuação empresarial, e esta se subordina ao princípio da função social, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme ditames da justiça social, bem se vê que a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução destes fundamentos, fins e valores da ordem econômica. Essas considerações são ainda importantes para a compreensão do princípio da necessidade que informa a participação do Estado brasileiro na economia (art.173), pois a preferência da empresa privada cede sempre à atuação do Poder Público, quando não cumpre a função social que a Constituição lhe impõe”.²⁸

Destarte, os princípios constitucionais são os alicerces de toda Política envolvendo as relações de consumo, em destaque a dignidade da pessoa humana. Tal preceito abstrato é obedecido no que tange ao controle de qualidade, somente na hipótese do empresário assumir perante o consumidor o compromisso de colocar no mercado produtos de qualidade total (dever de antecipar a ocorrência do dano, evitando-o). Igualmente, haverá a implementação das regras de proteção da vida digna do consumidor, se o fornecedor desenvolver eficazmente, em especial, o dever de informação aos consumidores sobre os riscos do produto, a retirada do mercado de produtos que apresentem riscos após a sua colocação em circulação e,

²⁸ José Afonso da Silva, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo, Malheiros, 2005, p.814.

por fim, o dever de colocar a disposição do consumidor um canal direito de comunicação, com o fim de recebimento de sugestões e reclamações.

Em que pese a natureza cogente das normas relacionadas às relações de consumo, nada impede que haja, entre fornecedor e consumidor, acordo estipulando compromisso arbitral como meio de solucionar litígios que por ventura possam ocorrer.

Antes de adentrar no mérito do trabalho, necessário destacar a constitucionalidade da Lei 9.307/96. A escolha pelas partes de um árbitro para solucionar as lides existentes entre elas não significa renúncia ao direito de ação nem ofende o princípio constitucional do juiz natural; com a celebração do compromisso arbitral, as partes apenas estão transferindo, deslocando a jurisdição “.

29

Assim, ainda que se possa vislumbrar infração ao princípio da inafastabilidade da jurisdição e princípio do juiz natural, tal entendimento torna-se inverídico, uma vez que o instituto da arbitragem não afasta a possibilidade de apreciação pelo judiciário, posteriormente, podendo este analisar a decisão tomada pelo árbitro, inclusive anulando-a em caso de fraude.

No que diz respeito às relações de consumo, a escolha da arbitragem não é vedada. O que vem a ser proibido pelo ordenamento jurídico é a imposição compulsória do mecanismo pelo fornecedor em face do consumidor. Nesta ocasião, o ordenamento jurídico, de acordo com a Política Nacional das Relações de Consumo, na verdade, vêm materializar norma proveniente do princípio constitucional da função social na forma de regras cogentes infraconstitucionais.

Porém, para que haja a estipulação do juízo arbitral, devem as partes anuir conjuntamente, de forma clara e expressa, quanto às regras de criação e de julgamento pelo árbitro. No que tange aos contratos de adesão, a estipulação

²⁹FILOMENO, José Geraldo Brito e outros, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, São Paulo, Universitária, 2001, p.71.

singularmente feita pelo fornecedor, pode ser compreendida como forma de opressão deste em relação ao consumidor, transgredindo, conseqüentemente, a função social dos contratos e da propriedade. Como forma de evitar a nulidade da cláusula compromissória, diz a doutrina, deve haver a anuência expressa do aderente em relação a sua instituição. Ainda assim, diante da vulnerabilidade jurídica do consumidor, verificando o magistrado qualquer prejuízo a este no momento da estipulação da jurisdição privada como forma de solucionar alternativamente conflitos de interesses poderá ser declarada nula, a mencionada cláusula, nos ditames do princípio da boa-fé objetiva.

Por fim, defende parte da doutrina, que a estipulação do juízo arbitral como meio de solucionar conflitos entre fornecedor e consumidor, somente seria legitimada se ao consumidor fosse concedida a oportunidade da escolha de um dos árbitros de sua confiança para o julgamento.

Ao Estado é atribuído o dever de coibir quaisquer abusos no mercado, dentre eles a concorrência desleal e a utilização indevida de inventos e criações industriais, das marcas, nomes comerciais e signos distintivos que possam causar prejuízos aos consumidores, nos termos do art.170 da Constituição Federal.

José Geraldo de Brito conceitua, com fundamento no art. 173, §§ 4º e 5º da CF, abuso de poder econômico como qualquer forma de manobra, ação, acerto de vontades, que vise a eliminação da concorrência, à dominação de mercados e aumentos arbitrário de lucros.³⁰

Obviamente que a intervenção do Estado nos moldes acima expostos vem constituir, num primeiro momento, benefício imediato ao fornecedor. Porém, em última análise, é possível verificar que a livre iniciativa imposta a economia de mercado não interessa exclusivamente a este. Pelo contrário, é fato relevante aos interesses dos consumidores, visto que é por seu intermédio que se possibilitará a obtenção de produtos de qualidades, preços baixos, investimentos em pesquisa

³⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito e outros, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, São Paulo, Universitária, 2001, p.79.

como forma de colocar no mercado maior número de opções de produtos e serviços, dentre outras implicações.

Assim, arremata José Geraldo Brito Filomeno:

“De concluir-se facilmente, por conseguinte, que se a livre concorrência não é garantida e o mercado passa a ser dominado por poucos, sem que haja fiscalização governamental, a tendência é o aumento de preços dos produtos e serviços, a queda da sua qualidade, a redução de alternativas de compras e estagnação tecnológica”.³¹

Pode ser citado como exemplo de abuso no mercado, a dominação do setor produtivo por apenas determinado fornecedor. Diante disto, ao turbarem a livre possibilidade de escolha do consumidor, o fenômeno alcança o seu patrimônio de forma avassaladora, visto que produz um ônus infundado, anormal as contratações consumeristas em geral.

Por fim, devemos destacar ainda a melhoria dos serviços públicos como conteúdo da Política Nacional de Relação de Consumo. A obrigação ora estudada não incumbe apenas a iniciativa privada. A área pública deve ter também o compromisso de melhor desempenhar sua função perante os administrados. Ao poder público é imputado o dever de melhorar e racionalizar o serviço público de modo a garantir a qualidade de vida de seus consumidores. É imprescindível a presença do Estado em alguns setores, sobretudo na prestação de serviços, tais como, de transporte público, produção de energia elétrica, telefonia, correios dentre outros. Deste deve ser exigida qualidade equivalente caso fosse o serviço prestado pela iniciativa privada.

Está expresso na Constituição Republicana de 1988, em seu art. 175, que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

³¹ Op.Cit.

A doutrina administrativista enumera princípios que devem servir de alicerces na execução do serviço público pelo Estado, de forma a garantir a efetividade dos princípios elencados no art. 170 da CF, dentre estes, em especial por ora, a defesa do consumidor (V) e a dignidade da pessoa humana (caput).

O serviço público deve ser prestado com a maior amplitude possível, de forma a beneficiar o maior número de indivíduos possíveis. Não poderá de forma alguma beneficiar determinadas pessoas em detrimento de outras, desde que estejam na mesma situação fática e jurídica. A regra é reflexo do princípio da isonomia, previsto no art. 5º, caput da Constituição Federal.

Aplica-se ainda no que tange ao serviço público o princípio da continuidade, ou seja, os serviços públicos jamais poderão ser interrompidos. Merece destaque a questão da suspensão do serviço público por falta de pagamento. José dos Santos Carvalho Filho, quanto ao tema, seguindo entendimento do STJ e STF, prescreve:

“A suspensão do serviço, então, somente será admissível se for remunerado por preço público (tarifa), ainda que tenha natureza compulsória, estabelecida em lei. Apesar dessa posição, declara o autor, razoavelmente pacificada, há decisões que entenderam inadmissível a suspensão do serviço, mesmo pago por tarifa, quando usuário é o Poder Público.”³²

O serviço público deve ser prestado com maior eficiência possível, devendo o Poder Público atualizar-se com as novas técnicas e processos tecnológicos de forma a maximizar a prestação prestada ao consumidor. Todo o avanço da ciência deve ser utilizado pelo Poder Público de forma a tornar o serviço prestado naquela linha o mais eficiente possível.

³² CARVALHO FILHO José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p.276.

A remuneração dos serviços públicos prestados pelo Estado deve ter preços módicos, avaliando previamente o poder aquisitivo dos usuários, para que não ocorra a cobrança exacerbada inviabilizando a utilização dos mesmos pelos administrados.

Ainda dentro do estudo da Política Nacional de Relações de Consumo, vale ressaltar que ao Estado cabe elaborar, em tempo, o estudo das modificações do mercado. O marketing deve seguir as modificações da sociedade, porém sem deixar de respeitar a dignidade do consumidor e a ética do mercado.

2.4 Elementos subjetivos da relação de consumo

A Lei 8.078 editada e promulgada em 1990 veio dar suporte a previsão constitucional do inciso XXXII, art. 5º da Constituição Republicana que prescreve que *o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.*

Doutrina majoritária classifica a Lei 8.078/90 de cunho inter e multidisciplinar, tendo ainda o caráter de microsistema jurídico. As normas que compõe a sua estrutura se relacionarão com os outros ramos do direito e dará nova roupagem aos institutos já existentes. Tem natureza multidisciplinar, de acordo com a doutrina, uma vez que seu conteúdo jurídico envolve inúmeras matérias de diferentes ramos do direito (Administrativo, Constitucional), sem perder de vista a vulnerabilidade do consumidor e a qualidade de destinatário final de produtos e serviços.

Destarte a existência de qualquer norma que vise a beneficiar o consumidor diante de qualidades específicas que justifiquem a sua proteção perante o fornecedor, será incorporada ao sistema de proteção ao consumidor (Lei 8.078/90), independentemente do ramo que a gerou.

Analisaremos, nesta seara, os elementos subjetivos da relação de consumo, ou seja, o consumidor e o fornecedor.

Cumpra analisar, preliminarmente, a figura do consumidor. A doutrina comumente descreve a dificuldade de definir tal elemento da relação de consumo. Inúmeras são as conceituações apresentadas por fidedignos consumeristas, porém sem que haja equivalência padronizada de informações.

José Geraldo de Brito Filomeno conceitua consumidor no seu sentido econômico como “quem não só adquire para uso próprio, ou seja, como destinatário final, como aquele que o faz nas condições de intermediário, para repasse a outros fornecedores”.³³

A Lei 8.078/90 conceitua a figura consumidor, de onde se pode destacar suas principais características:

Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Diante do estabelecido no dispositivo acima transcrito, pode ser considerado consumidor em uma relação de consumo, tanto a pessoa física como a pessoa jurídica. Questão controvertida na doutrina quanto a legitimidade desta última de estar no rol apresentado, visto que essas possuem meios hábeis e eficientes de proteção diante de um litígio em face do fornecedor. Parte da doutrina entende que a elaboração do Código de Defesa do Consumidor contradiz a colocação da pessoa jurídica no rol em questão, já que a sua gênese foi a revolução consumerista que visava antes de tudo proteger aqueles que ficavam a mercê da morosidade e burocracia da justiça comum. Assim, na verdade, o critério adotado pelo Código em questão, discrepa da própria filosofia consumerista ao colocar a pessoa jurídica como também consumidora de produtos e serviços.³⁴

Por outro lado, a doutrina que entende correta a postura adotada pela Lei 8.078/90, pondera que, “é certo que uma pessoa jurídica pode ser consumidora em

³³ ALMEIDA João Batista de, **Manual de Direito do Consumidor**, São Paulo, Saraiva, 2003, p.36.

³⁴ FILOMENO José Geraldo Brito e outros, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, São Paulo, Universitária, 2001.

relação a outra; mas tal condição depende de dois elementos que não foram explicitados neste particular artigo do Código. Em primeiro lugar, o fato de que os bens adquiridos devem ser bens de consumo e não de capital. Em segundo lugar, que haja entre fornecedor e consumidor um desequilíbrio que favoreça o primeiro. Em outras palavras, o Código de Defesa do Consumidor não veio revogar o Código Comercial ou o Código Civil no que diz as relações jurídicas entre partes iguais, do ponto de vista econômico. Uma grande empresa oligopolista não pode valer-se do Código de Defesa do Consumidor da mesma forma que um microempresário. Este critério, cuja explicitação na lei é insuficiente, no entanto, o único que dá sentido no texto. Sem ele, teríamos um sem sentido jurídico”.³⁵

São equiparadas pela própria lei a consumidor, as coletividades de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (parágrafo único do art. 2º), as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais, ao marketing e publicidade (art. 29) e; as vítimas do fato do produto (art.17).

A equiparação da coletividade de pessoas prevista no Parágrafo Único do art. 2º, reflete a idéia de lesão a um direito que não pertence a determinada pessoa, mas sim a um número indeterminado de pessoas. Exemplo muito citado pela doutrina é a cláusula abusiva estabelecida em contrato cujos efeitos se estendem a um sem-números de pessoas. Ou mesmo a hipótese da colocação no mercado de veículos com defeito no sistema de freios, vindo a colocar em risco a vida não só do adquirente, mas também dos adquirentes em potencial e até mesmo dos transeuntes (*consumidores by standers*). Como será visto em momento oportuno, a regra nada mais é senão reflexo do princípio constitucional da solidariedade ou função social dos contratos.

³⁵ FILOMENO José Geraldo Brito e outros, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, São Paulo, Universitária, 2001, p.29.

Como equiparação em comento, o Código quis evitar a propositura de inúmeras demandas singulares, raciocinando assim de acordo com a economia processual e coerência das decisões proferidas.

Seguindo a mesma regra do parágrafo único do art. 2º, o Código equiparou a consumidor as pessoas expostas às práticas comerciais. Desta forma, ainda que não haja o indivíduo adquirido o produto ou serviço anunciado em uma propaganda enganosa ou abusiva, este é considerado consumidor devido as regras estabelecidas no art. 29. Como incrementa a doutrina, basta a mera exposição às praticas do mercado para já estar configurada a presença do consumidor *em abstrato*, não sendo necessário que o implementador (*Juiz e Ministério Público*) das normas de proteção aguarde a ocorrência do dano maior.

Finalizando o tema consumidor por equiparação, o art. 17 prevê a figura do chamado consumidor *by stander*, ou seja, aquelas pessoas estranhas à relação de consumo, mas que sofreram prejuízo em razão dos defeitos intrínsecos e extrínsecos do produto ou serviço.³⁶

A equiparação estabelecida no art.17, no que tange as vítimas do fato do produto, é de natureza total, ou seja, para todos os efeitos administrativos e judiciais. Desta forma, ainda que não seja o consumidor em concreto, o *by stander* teria o direito de ver-se ressarcido independentemente de culpa do fornecedor do produto ou serviço, já que é a regra estabelecida no art. 12. Porém, o STF decidiu recentemente que somente o consumidor em concreto (aquele pertencente a um dos pólos da relação de consumo) teria o benefício da responsabilidade objetiva na hipótese da ocorrência do fato do produto. Aos demais, vítimas estranhas a relação de consumo, é apostas as normas da responsabilidade subjetiva, devendo, estes, provar a culpa do fornecedor na ocorrência do dano.

Várias teorias foram apresentadas para a análise da conceituação de consumidor.

³⁶ Zelmo Denari.

Antes de adentrarmos nas teorias, importante destacar o que seja destinatário final. Pode ser considerado destinatário final aquele que adquire o bem e o retira do mercado de capital.

A teoria finalista é uma corrente restritiva, ou seja, será consumidor o vulnerável que adquire o bem como destinatário final. Para esta corrente somente a vulnerabilidade justifica o emprego das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor.

Para a corrente que adota a teoria maximalista, consumidor é aquele que adquire o bem como destinatário final, ainda que não esteja abrangido pela vulnerabilidade. A análise feita do consumidor por seus adeptos é objetiva.

A doutrina entende ter o Código de Defesa do Consumidor adotado a teoria Maximalista³⁷

A jurisprudência do STJ, quanto a vulnerabilidade da pessoa jurídica, entende haver a necessidade da produção da prova por esta, uma vez que não há presunção de tal qualidade.

A vulnerabilidade se distingue para a maioria da doutrina da hipossuficiência. A primeira é conceito de índole abstrato, geral e de direito material, enquanto que o segundo tem natureza concreta, específica de índole processual aplicado ao consumidor. Ambas as regras têm origem, indubitavelmente, no princípio da isonomia (art.5º caput da Constituição Federal).

Passamos agora à análise do fornecedor e sua posição em relação ao consumidor na relação de consumo.

A legislação, da mesma forma que conceituou consumidor, também o fez em relação ao fornecedor. Diz o art. 3º do CDC que fornecedor é “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação,

³⁷ ALMEIDA João Batista de, **Manual de Direito do Consumidor**, São Paulo, Saraiva, 2003, p.38.

construção, transformação, importação e exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviço”.

Diferentemente do que ocorre com o consumidor, a doutrina é pacífica no que tange ao fornecedor.

Portanto, só estariam excluídos do conceito de fornecedor aqueles que exerçam ou pratiquem transações típicas de direito privado e sem caráter de profissão ou atividade, como a compra e venda de imóvel entre pessoas físicas particulares, por acerto direto e sem qualquer influência de publicidade.³⁸

O fornecedor pode ser: real, presumido e aparente.

a) real: é aquele que coloca o produto no mercado, exemplo: fabricante, produtor, construtor;

b) presumido: é o importador de produtos industrializados ou que comercializa produtos in natura.

c) aparente: é aquele que põe seu nome ou marca no produto final (quase-fornecedor).

Produto é qualquer bem móvel, imóvel, material ou imaterial oferecido pelo mercado.

Serviço é qualquer atividade remunerada fornecida ou prestada a terceiros, inclusive as de natureza bancária, de crédito, securitária, exceto a que tenha natureza trabalhista. Os serviços decorrentes de contrato de trabalho não constituem objeto de relação de consumo.

É aplicável o CDC para serviços bancários, é o que prescreve a Súmula 297 do STJ: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras". De acordo com a Súmula 321 do STJ também aplica o CDC à relação jurídica entre a entidade previdência privada e seus participantes.

³⁸ Op. cit. p.38.

De acordo com o artigo 175 da Constituição Federal, incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Por uma interpretação sistemática, o CDC também se destina a garantir direitos aos usuários de serviços públicos prestados ou não pelo Estado.

Prescreve o artigo 6º, inciso X, da Lei 8.078/90 o direito do usuário de receber serviços adequados. O Artigo 22 da mesma lei estabelece o dever do prestador de serviços de prestá-los de maneira segura, adequada, eficiente e contínua quando essenciais.

Assim, o Poder Público pode ser equiparado ao fornecedor e o usuário ao consumidor.

Dispõe o artigo 6º, da Lei n. 8.078/90 os direitos básicos do consumidor, que devem ser respeitados pelos fornecedores, quais sejam: a) proteção da vida, saúde e segurança; b) direito de liberdade de escolha, igualdade das contratações, direito à educação; c) direito à informação; d) proteção contra publicidade enganosa, proibição de cláusulas abusivas, direito de conservação do contrato; e) direito de modificação de cláusulas desproporcionais (direito de revisão); f) direito de prevenção e de reparação por danos morais e materiais; g) direito de acesso a órgãos judiciais; h) facilitação dos meios de prova, com inversão do ônus da prova e i) direito de serviços públicos adequados.

A responsabilidade imputada ao fornecedor pelo CDC é uma responsabilidade qualificada, já que o consumidor estará isento de provar a culpa do fornecedor.

Assim aplica-se às relações de consumo a teoria da culpa presumida, ou seja, em regra, quem deve provar a culpa é o causador do dano. Há na verdade, segundo o professor Nelson Rosenvald, uma inversão do ônus da prova, já que poderá o causador do dano afastar a presunção de culpa estabelecida pelo Código, provando que esta não ocorreu no episódio fatídico.

O que vem a justificar essa postura mais rigorosa no que tange a responsabilidade pelo fato e vício do produto ou do serviço, como veremos de forma

mais aprofundada em tópico específico, é a violação ao princípio da confiança. Ao adquirir o produto, o consumidor espera que este funcione dentro dos conformes, ou seja, nos parâmetros dos produtos e serviços similares posto no mercado.

Sérgio Cavalieri Filho ao comentar a responsabilidade do fornecedor quanto ao risco do produto ou do serviço, conclui:

“A responsabilidade do fornecedor decorre da violação do dever de não colocar no mercado produtos e serviços sem a segurança legitimamente esperada, cujos defeitos acarretam riscos a integridade física e patrimonial dos consumidores. Ocorrido o acidente de consumo, o fornecedor terá que indenizar a vítima independentemente de culpa, ainda que não exista entre ambos qualquer relação de consumo”.³⁹

É bom esclarecer que o dever de abstenção imposto pelo CDC na forma que fora explicitado no trecho doutrinário acima transcrito, nada mais é senão reflexo dos deveres anexos decorrentes da função integrativa do princípio da boa-fé objetiva.

Ainda, de modo a justificar a responsabilidade do causador do dano embora não tenha atuado com culpa, várias teorias foram criadas. As mais badaladas e discutidas na doutrina são a teoria do risco proveito e a teoria do risco criado. Para os adeptos da primeira teoria, aquele que auferiu alguma vantagem ou proveito com o fato lesivo é obrigado a reparar a vítima pelos prejuízos sofridos. Tem origem no brocardo “quem auferiu o bônus, suporta o ônus”. Os partidários da teoria do risco criado, dentre estes Caio Mário da Silva Pereira, entendem ser responsáveis, independentemente da averiguação da culpa, aqueles que por sua conduta colocou em risco o bem jurídico protegido, ainda que nenhum ganho tenha auferido com o fato lesivo.

³⁹ CAVALIERI FILHO Sérgio, **Programa de Responsabilidade Civil**, São Paulo, Malheiros, 2003, pág.479.

A jurisprudência do STF, em sede das teorias acima elucidadas, nos parece ter acatado a teoria do risco proveito, como prescreve a Súmula 492.

A diferenciação entre fato do produto e vício do produto é apresentada por Leonardo de Medeiros Garcia:

Vícios de qualidade dos produtos são aqueles capazes de torná-los impróprios ou inadequados ao consumo, aqueles que lhes diminuam o valor e aqueles que contem falhas na informação (verdadeiros vícios de informação) em razão da disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária.

Fato do produto é o vício capaz de gerar riscos à segurança do consumidor ou de terceiros, podendo ocasionar eventos danoso, denominado acidente de consumo.⁴⁰

A doutrina moderna civilista diferencia o fortuito externo e o interno. O primeiro consiste no fato imprevisível estranho a atividade e organização negocial. Por outro lado, o fortuito interno é o fato imprevisível que está ligado a organização empresarial (ex. infarto fulminante do motorista da empresa).

Assim, a doutrina e a jurisprudência admitem a exclusão da responsabilidade do fornecedor apenas devido ao fortuito externo.

A proteção, ainda no que tange ao fato e vício do produto ou do serviço expressa na lei, é solidária, na forma dos artigos 12 e 18 do Código de Defesa do Consumidor. Porém, a responsabilidade do comerciante será subsidiária na hipótese do fato do produto ou serviço, ou seja, haverá a sua responsabilização somente quando o fabricante, produtor, construtor, ou importador não for identificado (art. 13).

No que toca à responsabilidade civil, o consumidor tem direito à reparação integral por danos que tenha sofrido.

A responsabilidade pelo fato do produto e do serviço decorre de defeito

⁴⁰ GARCIA, Leonardo de Medeiros, Direito do Consumidor, Niterói, Impetus, 2007, p.77.

que gera o acidente de consumo. O fato pressupõe a existência de vício aliada a outra circunstância e produz um resultado danoso ao consumidor, exemplo: não funcionamento do sistema de freios aliada a utilização do produto ou serviço. Do acidente de consumo resulta ameaça ou lesão à saúde, à segurança do consumidor. O produto expõe a risco ou não oferece a segurança que se espera. Os riscos são anormais, não são aqueles riscos previsíveis.

Pode ser defeito construtivo ou defeito de informação. O primeiro é intrínseco, o segundo é extrínseco.

O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: sua apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam, a época em que foi colocado em circulação.

As espécies de defeitos do produto podem ser: defeitos de criação, exemplo: erro na fórmula do produto; defeitos de produção, exemplo: erro na fabricação; defeitos de informação ou comercialização, exemplo: informações erradas a respeito do produto.

De acordo com o artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, são responsáveis pela reparação dos danos causados aos consumidores: o fabricante, o produtor, o construtor nacional ou estrangeiro e o importador. A responsabilidade é objetiva e solidária. O comerciante é responsável subsidiário, ou seja, se aqueles do rol do artigo 12 não puderem ser identificados ou não houver identificação clara dos mesmos. Aquele responsável pelo pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação no evento danoso.

No entanto, existem causas excludentes da responsabilidade, são as seguintes: não colocação do produto no mercado; inexistência de defeito; culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro; caso fortuito ou força maior. Se a culpa for concorrente não exclui e nem atenua a responsabilidade do fornecedor.

No caso de culpa concorrente, é admitida a compensação da responsabilidade civil, é o que prescreve o artigo 945 do Código Civil.

No que tange aos profissionais liberais, a responsabilidade é subjetiva, é determinada se o resultado lesivo advém de dolo ou culpa, porque envolve o compromisso do emprego pela melhor técnica. A responsabilidade, no entanto, será objetiva caso contratado um resultado determinado.

No que diz respeito à responsabilidade por vício do produto ou do serviço, temos que o vício é intrínseco, inerente ao produto ou serviço. O vício compromete o desempenho, frustra a expectativa do consumidor, mas ele não determina o acidente de consumo. O que determina o acidente é o defeito. A responsabilidade também é objetiva e solidária.

O vício pode ser de qualidade, quantidade ou de serviços.

O vício de qualidade ocorre sempre que o produto não oferece os atributos esperados, capaz de tornar o produto impróprio ou inadequado ao consumo. Podem ser ocultos ou aparentes.

Os fornecedores não estão impedidos de colocar produtos com vícios no mercado, porém deve haver abatimento no preço e informação precisa ao consumidor.

Diante de vício de qualidade, pode o consumidor exigir a substituição das partes viciadas, caso o vício não seja sanado no prazo de 30 dias, poderá exigir a substituição do produto por outro de mesma espécie, se não for possível, por outra espécie; restituição da quantia paga, ou abatimento proporcional do preço.

Vício de quantidade ocorre, por exemplo, quando há diferença de peso, de medida, de volume.

Nestes casos, poderá o consumidor exigir abatimento do preço, complementação de peso ou medida, substituição do produto por outro ou a restituição do valor pago com atualização.

O vício de serviço é o descompasso ou disparidade entre o anúncio e a atividade desempenhada, exemplo: plano de saúde que não dá a cobertura prometida.

No caso de vício de serviço pode o consumidor exigir: reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; restituição da quantia paga atualizada; abatimento de preço.

Quanto à decadência e prescrição, o Código de Defesa do Consumidor dispõe sobre a perda de direito pelo decurso do tempo.

O artigo 26 do CDC prescreve os prazos decadenciais para reclamar por vícios aparentes ou ocultos dos produtos e serviços:

a) serviços ou produtos não duráveis, o prazo é de 30 dias, exemplo: alimentos;

b) serviços ou produtos duráveis, o prazo é de 90 dias, exemplo: eletrodomésticos;

Em se tratando de vícios aparentes, o termo inicial é contado do recebimento do produto ou serviço, enquanto para os vícios ocultos, é contado da data em que ficar evidenciado o defeito.

As causas suspensivas da decadência são: reclamação efetiva do consumidor até a resposta ou recusa do fornecedor e instauração de inquérito civil pelo Ministério Público, até seu encerramento.

Encerrada a causa suspensiva, a decadência retoma seu curso.

No que toca ao prazo prescricional, corre em 5 anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço. O termo inicial é contado da data do acidente de consumo, do dano e da autoria.

Cumprido ressaltar também a desconsideração da personalidade Jurídica. Nela o Juiz pode decretar a desconsideração da personalidade jurídica, desde que concorram: atos fraudulentos, insuficiência do patrimônio da empresa. Atos fraudulentos podem decorrer de: abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, violação dos estatutos ou contrato social, má administração.

No artigo 39 do CDC estão previstas as práticas abusivas, é um rol exemplificativo, pois que por todo o código existem outras. Podemos citar como

prática abusiva: o condicionamento do fornecimento de produtos ou serviços, pode ocorrer em duas hipóteses: venda casada e condição quantitativa; recusa de atendimento à demanda do consumidor; fornecimento não solicitado; aproveitamento da hipossuficiência do consumidor; exigência de vantagem excessiva; serviços sem orçamento e autorização do consumidor; divulgação de informações negativas sobre o consumidor; colocação no mercado de produtos e serviços em desacordo as normas técnicas.

Sendo uma relação jurídica em que fica caracterizada a relação de consumo, haverá incidência do CDC, exemplo: compra e venda, contratos bancários, seguros e outros. O consumidor deve conhecer o conteúdo do contrato, este deve ter uma redação clara e compreensível. Pois, como já dito há a inversão do ônus da prova. Também é previsto no Código de Defesa do Consumidor que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 49 contempla o direito de arrependimento do consumidor, que pode voltar atrás em sua declaração de vontade, desde que a contratação tenha sido efetuada fora do estabelecimento comercial, exemplo: contratação por telefone. O prazo para o direito de arrependimento é de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço. Exceção ao direito de arrependimento: a) caso o consumidor tenha conhecimento dos produtos e serviços e contrata por telefone; b) se for da essência do negócio ser realizado fora do estabelecimento, exemplo, compra e venda de imóvel, que é realizada no Tabelionato de Notas perante o Tabelião ou Escrevente autorizado.

Nos artigos 51 a 53 do Código de Defesa do Consumidor estão previstas as cláusulas abusivas. Cláusula abusiva é a aquela que desfavorece o consumidor, que é a parte mais fraca na relação. Tais cláusulas são nulas (artigo 51, *caput*). Por ser matéria de ordem pública pode ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição. É imprescritível e pode ser reconhecida de ofício pelo Juiz.

O rol das cláusulas abusivas previstas no CDC é exemplificativo, como exemplo podemos citar as seguintes: cláusula de não indenizar; cláusula que impeça reembolso da quantia paga pelo consumidor; cláusula incompatível com a

boa-fé e a equidade; inversão prejudicial do ônus da prova; alteração unilateral do preço; modificação unilateral de contrato, entre outras.

Pode-se concluir que o Código de Defesa do Consumidor regula a relação de consumo, composta pelo fornecedor e consumidor e tendo como objeto produtos e serviços. Sua finalidade é proteger a parte mais vulnerável, suprir a necessidade do consumidor como destinatário final. A proteção aos consumidores por tal importância é tratada como matéria de ordem pública.

Cumprido aludir ainda que a responsabilidade do profissional liberal, de acordo com o art. 14, § 4º, do diploma consumerista, é subjetiva.

Cabe ressaltar, demais disso, ainda nesta seara, que os bancos de dados são cadastros que podem ter natureza privada (mantidos por entidades privadas) ou pública (mantidos por entidades oficiais). Porém, ambos são considerados de caráter público, conforme prescreve o § 4º, art. 43: “Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público”.

Para o exercício do direito de informação a jurisprudência vem admitindo o *habeas data* e não o mandado de segurança, uma vez que este é remédio subsidiário ao *habeas corpus* e ao próprio *habeas data*.

No que tange à responsabilidade pela informação ao consumidor da inscrição de seu nome ao cadastro de proteção ao crédito é do responsável pela manutenção do cadastro. Por outro lado, a responsabilidade pela retirada do nome do consumidor é atribuída ao fornecedor, depois de quitado débito.

Por fim, de acordo com a Súmula 323 do STJ a “inscrição de inadimplente pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito por, no máximo, cinco anos”.

2.5 Elementos objetivos da relação de consumo

Passaremos agora à análise dos elementos objetivos da relação de consumo, quais sejam, produtos e serviços.

Da mesma forma que os elementos subjetivos a própria legislação preocupou-se definir os elementos objetivos da relação de consumo.

Definido no art. 3º, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

O autor Filomeno⁴¹ conceitua produto como “qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final”.

O serviço como objeto da relação de consumo está definido no § 2º do art. 3º como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações trabalhistas.

Quanto à aplicação das regras do CDC as instituições financeiras, após um tormentoso período de discussão, o STJ lançou a Súmula 297: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

Recentemente outra Súmula foi proferida pelo STJ ampliando ainda mais a aplicação do CDC, pondo fim a qualquer discussão: Súmula 321: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação entre a entidade de previdência privada e seus participantes”.

Não poderão, no entanto, ser objeto das relações de consumo os interesses trabalhistas, já que se submetem, pelo princípio da especialidade (*competência ratione materiae*) às normas da CLT. Porém, as regras são oponíveis

⁴¹ FILOMENO, José Geraldo Brito, e outros, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, São Paulo, Universitária, 2001, p.45.

contra as concessionárias e permissionárias, pois ainda que previsto na legislação consumerista (embora o rol tenha natureza exemplificativa), a proteção do consumidor configura direito fundamental, sendo, assim, oponível contra atos do próprio Estado.

2.6 Dos princípios contratuais e a constitucionalização do direito

Desde e a existência da humanidade, as relações contratuais existem, variando apenas nos períodos da história, em maior ou menor incidência. A grande avalanche contratual pode-se dizer, ocorreu com a revolução industrial do século XVIII.

Nos tempos atuais a onda propulsora das grandes contratações é a globalização, devido a facilidade de troca de informações e a eficiência nos relacionamento que esta acendeu desde a sua explosão.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ela chamou para si o poder disciplinador de regras de direito público e de direito privado, uma vez que declinou dos valores patrimonialismo e individualismo, estabelecendo novos critérios e valores reitores, como o existencialismo e a solidariedade. Com esse acontecimento, todas as regras infraconstitucionais, em especial as normas de direito privado, devem ser analisadas a luz da Constituição Federal, sob pena de invalidade de sua aplicação.

Como paradigma de aferição das regras infraconstitucionais de direito privado, estabeleceu o constituinte, normas de conteúdo aberto de forma a instituir ao exegeta ferramentas de interpretação e aplicação conforme os valores defendidos pela carta magna.

2.6.1 Dos princípios contratuais

a) Da autonomia privada

Após a entrada em vigor das normas constitucionais vigentes, a autonomia da vontade foi relativizada por normas cogentes do Estado. A liberdade de contratar existente na época do liberalismo foi mitigada, uma vez que verificou-se a opressão do mais poderoso em relação ao vulnerável. Diante disso, a negociação somente será capaz de surtir efeitos se respeitadas as regras cogentes imposta pelo Estado mediante a lei.

A autonomia da vontade legitimava as partes a estipular as formas de contratação livremente, limitadas apenas pelas disposições objetivas estabelecidas em lei. A autonomia privada permite a livre negociação, desde que respeitados princípios os princípios da justiça, segurança, solidariedade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

Com a verificação constitucional dos novos valores vigentes, houve uma despatrimonialização dos contratos, ou seja, hoje os contratos são uma forma de proteção da pessoa humana.

A reforçar essa proteção, o novo Código Civil, realçando o conteúdo social dos contratos, estabeleceu em seu art. 421: “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”. O controle judicial não se manifestará apenas no exame das cláusulas contratuais, mas desde a raiz do negócio jurídico. O contrato não é mais visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade.⁴²

⁴² VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contatos, 3ª Ed., São Paulo: Atlas, 2003, p.376.

b) Da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé objetiva impõe às partes que ajam motivados por uma postura proba. É a emanção do princípio da confiança refletido nos contratos. A sua análise será feita sobre a conduta das partes contratantes, ou seja, o padrão de comportamento esperado destes na consecução do contrato.

Silvio de Salvo Venosa alude a seguinte assertiva sobre o tema:

“A questão da boa-fé atine mais propriamente à interpretação dos contratos. Coloquialmente, podemos afirmar que esse princípio da boa-fé se estampa pelo dever das partes de agir de forma correta, eticamente aceita, antes, durante e depois do contrato, isso porque, mesmo após o cumprimento de um contrato, podem sobrar-lhe efeitos residuais”.⁴³

Quanto à função interpretativa, apesar da polêmica relacionada à que teoria o Código Civil teria adotado, a doutrina majoritária queda-se pelo entendimento da adesão a teoria mista ou eclética. Assim, na hipótese de dúvida, diz o art. 113, valerá a intenção do contratante declarada no instrumento contratual.

Diferentemente da teoria adotada pelo Código Civil, demonstrando o seu caráter de proteção ao vulnerável, o art. 47 do CDC enuncia que *as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor*. A boa-fé, nesta ocasião, é presumida em favor do consumidor.

Ainda que a doutrina do renomado doutrinador paulista enumere apenas a função interpretativa, a corrente moderna civilista-constitucional adiciona mais duas finalidades atribuídas ao princípio da Boa-fé objetiva: a função de controle e a função integrativa.

⁴³ VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil, Volume II, São Paulo. Atlas, 2006, p.375.

A função integrativa se relaciona diretamente a teoria geral das obrigações. Isto porque é nesta oportunidade que o princípio da boa-fé gera as partes os chamados deveres anexos, uma vez que qualquer relação obrigacional tem natureza de processo.

No que tange as funções do princípio em estudo, a função de controle, como será mais bem explicado em momento oportuno do trabalho, se refere nos limites quanto ao exercício do direito legítimo. É com base nos ditames da boa-fé que o aplicador do Direito verificará se titular do direito subjetivo o exerceu dentro de seus limites. Caso contrário, estará constituído o abuso do direito.

Por fim, cumpre estabelecer que o que distingue a boa-fé objetiva da subjetiva, é que nesta, o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado. Na boa-fé objetiva, por sua vez, o intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Trata-se a boa-fé objetiva de norma de conduta, é um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.⁴⁴

c) Da Função social dos contratos

Até este momento analisamos os efeitos internos das relações contratuais, ou seja, elementos que importavam apenas as partes para verificar o bom cumprimento do contrato dentro dos limites impostos pela lei.

A partir de agora a análise contratual entra na esfera exógena, ou seja, a verificação terá como parâmetro os efeitos sofridos pela sociedade em relação aos

⁴⁴ VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contatos, 3ª Ed., São Paulo: Atlas, 2003, p.379.

contratos estabelecidos pelas partes. É a relação entre os contratantes e a coletividade.

Como dito anteriormente no presente estudo, este nada mais é do que senão um reflexo do princípio da solidariedade (art.3º, III) estabelecido no diploma constitucional.

A função social é dividida pela doutrina em externa e interna.

Ocorrerá a infração a função social dos contratos na sua modalidade interna quando apesar de nenhuma das partes contratantes se sentirem prejudicadas, uma das partes tiver a sua dignidade devassada. Isso poderá ocorrer caso a pessoa seja reduzida a coisa ou fato semelhante. A dignidade da pessoa humana é universal, cosmopolita. De acordo com Enunciado 360 do Conselho de Justiça Federal, em explanação relacionada ao princípio em estudo (art. 421, CC): O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes.

Por outro lado, haverá lesão ao princípio da função social na sua modalidade externa, quando o contrato não prejudica as partes, mas prejudica a coletividade num todo. O desrespeito ao princípio é verificado freqüentemente nas relações comerciais e de consumo. Haverá infração ao princípio no seu aspecto externo quando empresas acordam e formam um oligopólio, por exemplo. Ou quando fornecedores estabelecem acordos contratuais que possam de certa forma prejudicar os consumidores.

Entretanto, uma outra faceta do princípio da função social dos contratos poderá ser verificada quando, na hipótese de um acordo envolvendo partes certas, um terceiro vier a ser prejudicado com a dita negociação ou objeto da contratação. Isto se dá, por exemplo, quando presente a figura do consumidor *by stander*, ou seja, aquele equiparado a consumidor direto pelo art. 17 do CDC, uma vez que vítima do fato do produto ou do serviço. Nesta ocasião, aquele que é atropelado por um veículo com problema no sistema de freios poderá acionar qualquer das partes numa suposta ação indenizatória, uma vez que ambos são responsáveis perante este, de acordo com o princípio da função social dos contratos na sua modalidade externa.

Por fim, deve ser analisada a regra da abstenção *erga omnes* imposta pelo princípio aos demais membros da sociedade estranhos ao contrato. Assim sendo, nenhuma pessoa estranha ao contrato poderá interferir ilicitamente na relação, de forma a prejudicar o vínculo negocial.

2.7 Da proteção ao consumidor

2.7.1 Dos princípios protetivos do consumidor

a) Princípio da isonomia ou princípio da vulnerabilidade do consumidor

No que pertine aos os consumidores, o princípio da isonomia significa que na relação de consumo admite-se tratamento desigual. A finalidade é a implementação da igualdade real, levando-se sempre em consideração a vulnerabilidade do consumidor.

Logo, quando da elaboração de normas jurídicas dever-se-á manter ou ampliar o sistema de proteção ao consumidor, mas nunca restringir. E ainda, qualquer forma de interpretação ou aplicação da norma deverá ser a que alcance a situação mais favorável a este.

b) Princípio da boa-fé

Este princípio, insculpido no *caput* do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, exige que as partes da relação de consumo atuem com estrita boa-fé, a dizer, com sinceridade, seriedade, veracidade, lealdade e transparência, sem

objetivos mal disfarçados de esperteza, lucro fácil e imposição de prejuízo ao outro.⁴⁵

Assim, o preceito justifica, juntamente com o princípio da isonomia, o excessivo número de presunções *pro consumidor* existente no CDC, uma vez que estas visam assegurar o equilíbrio entre as partes e conter de formas sub-reptícias e insidiosas de abusos e fraudes engendradas pelo poder econômico para burlar o intuito de proteção disposto pelo legislador.⁴⁶

c) Princípio da equidade

O presente princípio busca subsídio no também princípio da justiça contratual, ou seja, de acordo com o art.4º do CDC, deverá haver equilíbrios nas cláusulas e condições estabelecidas pelos contratantes.

Inadmissível, portanto, a presença no contrato de cláusulas abusivas, inclusive aquelas que proporcionam vantagens exageradas ao fornecedor em detrimento do consumidor.

2.7.2 Da proteção jurisdicional coletiva constitucional do consumidor

A tutela do consumidor em juízo, por óbvio, poderá ocorrer tanto na esfera individual como na esfera coletiva.

⁴⁵ DE ALMEIDA, João Batista, **Manual de Direito do Consumidor**, São Paulo, Saraiva, 2003.

⁴⁶ Op.cit.

Diante da perspectiva adotada no presente estudo, a partir de agora faremos uma análise nos mecanismos de defesa do consumidor na sua tutela constitucional e coletiva.

Desta forma, começaremos a análise pela ação civil pública e em seguida estudaremos a ação popular, e por fim o *habeas data*.

A intenção neste momento do trabalho não é esgotar o presente tema, lembrando existir, além das analisadas, inúmeras outras ações de proteção do consumidor, seja no âmbito constitucional coletivo, seja no âmbito infraconstitucional individual.

a) Ação civil pública

A ação civil pública é a via processual adequada para impedir danos ao consumidor e outros bens tutelados, estando disciplinada na Lei 7.347/85 e CDC (Lei 8.078/90).

A sua finalidade é a defesa dos direitos transindividuais, ou seja, tem como escopo a defesa dos interesses difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

Hugo Nigro Mazzilli diferencia tais interesses. Vejamos:

“Os interesses difusos são como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por uma circunstancia de fato conexas”.⁴⁷

⁴⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro, A defesa dos interesses difusos em juízo, São Paulo, Saraiva, 2004, p.50

No que tange aos direitos coletivos, o doutrinador apresenta a seguinte diferença em relação aos interesses difusos:

“Tanto os interesses difusos como os interesses coletivos são indivisíveis, mas se distinguem não só pela origem da lesão como também pela abrangência do grupo. Os interesses difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligados pela mesma relação jurídica base”.

Por fim, alude o autor supracitado a respeito dos interesses individuais homogêneos, os diferenciando dos demais:

“Tanto os interesses individuais homogêneos como os difusos originam-se de circunstâncias de fato comum; entretanto, são indetermináveis os titulares dos interesses difusos, e o objeto de seu interesse é indivisível; já nos interesses individuais homogêneos, os titulares são determinados ou determináveis, e o objeto da pretensão é divisível (isto é, o dano ou a responsabilidade se caracterizam por sua extensão divisível ou indivisivelmente variável entre os integrantes do grupo).”⁴⁸

Para a propositura da demanda, a Lei n.º 7.347/85 elencou o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista ou, ainda, as associações.

É bom destacar que quanto ao Ministério Público, a Constituição Federal previu no artigo 129, III, estabeleceu como função institucional promover o inquérito civil e a ação civil pública.

⁴⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro, **A defesa dos interesses difusos em juízo**, São Paulo, Saraiva, 2004, p.52.

Além disso, é oportuno rememorar que a Lei 9.8078/99 estabeleceu legitimidade para a propositura da ação as associações de alunos, de pais de alunos e responsáveis.

O foro competente para a propositura da ação, de acordo com a Lei 7.347/85, é o local onde ocorrer o dano. De tal modo, apesar da eficácia *erga omnes* da coisa julgada, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, os efeitos da decisão serão limitados pela competência territorial do órgão prolator. Diante da anomalia que desta restrição, está em julgamento perante o STF uma ADI 1.576-1 DF que visa a declaração da inconstitucionalidade deste dispositivo.

Por fim, sendo o réu condenado nos ditames da Lei 7.347/85, o valor do produto da condenação será recolhido ao Fundo de Defesa dos Direitos do Consumidor.

b) Ação Popular

Não obstante existir desde a época do Império foi a Constituição de 1988 que deu uma maior dimensão ao remédio constitucional. Está previsto no art. 5º: LXXIII – *qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.*

É legitimado à propositura do presente remédio constitucional qualquer nacional no gozo dos direitos políticos, cuja prova da cidadania será feita com o título eleitoral ou com documento correspondente. A sua legitimação tem caráter amplo, podendo, inclusive, propor a presente ação em comarca que se quer domicilie.

Com relação à legitimidade passiva, descreve o art 6º da Lei 4.717/65 que a ação, além de proposta contra a pessoa lesada no seu patrimônio, figurará no pólo passivo as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

A despeito de iniciar-se na demanda figurando no pólo passivo, a lei permite que, na hipótese de utilidade ao interesse público, a entidade demandada mude de pólo, passando a atuar juntamente com o demandante no pólo ativo da ação.

A decisão proferida a cargo de ação popular tem eficácia *erga omnes*. Porém, poderá ocorrer a repositura da ação pelos mesmos fundamentos da anterior, desde que a primeira tenha sido julgada improcedente por insuficiência de provas.

Conforme bem assevera Luis Roberto Barroso, na passagem a seguir:

“O dispositivo visa a evitar que haja conluio entre autor e os eventuais interessados na manutenção do ato ilegal ou lesivo: bastaria ao autor mal-intencionado não se utilizar dos elementos probatórios disponíveis, para que se impedisse – com o transito em julgado da sentença de improcedência – nova discussão sobre a ilegalidade ou lesividade do ato impugnado”.⁴⁹

No campo das relações de consumo, a ação popular sofre as seguintes limitações: a) só poderá figurar no pólo ativo o consumidor individualmente considerado ou aliado a outros em litisconsórcio ativo facultativo; b) somente será viável a ação, se o fornecedor for uma das pessoas arroladas no artigo 1º da lei.

⁴⁹ BARROSO, Luis Roberto, **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, Renovar, p.210.

Diante da existência de outros instrumentos processuais mais ágeis está justificado o uso não desta via na defesa do consumidor.

c) Habeas Data

Surgido com a finalidade de combater a malversação de informações sobre a vida privada dos cidadãos na época da ditadura, o *Habeas Data*, apesar do franco desuso, está previsto na Constituição Federal, nos seguintes moldes do art. 5º:

LXXII – Conceder-se-á *habeas data*:

a) Para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) Para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

O direito de conhecer e retificar os dados, bem como de impetrar *habeas data* é personalíssimo. É cabível a propositura da presente ação, a exemplo do mandado de segurança, tanto para as pessoas naturais como para as pessoas jurídicas.

A decisão concessiva tem natureza mandamental, instrumentalizada em uma ordem, cujo descumprimento configura crime de desobediência.

Quanto à aplicação do instituto do *habeas data* na proteção do consumidor, pode ser vislumbrada a aplicação no que tange às informações constantes em bancos de dados, cadastros de consumidores e serviços de proteção ao crédito, equiparados, por lei, às entidades de caráter público.⁵⁰

⁵⁰ ALMEIDA João Batista de, Manual de Direito do Consumidor, São

d) Eficácia horizontal dos direitos fundamentais

A previsão constitucional dos direitos fundamentais teve sua motivação no abuso praticado pelo Estado em relação aos cidadãos durante muito tempo da história.

Com a finalidade de criar um escudo contra qualquer ato desproporcional do Estado, foram constituídos os direitos fundamentais do cidadão. Diante deste, instituiu-se um dever de abstenção imposto ao Poder estatal quando estivesse perante um direito fundamental invocado. Em um segundo momento, bastava a simples abstenção deste em relação aos indivíduos. A este foi, então, imposto o dever de implementar programas para a efetivação da dignidade da pessoa humana.

Nos tempos atuais, é indiscutível a presente aplicação dos direitos fundamentais no formato em que foi apresentado. O tema hodierno é a possibilidade de aplicação dos princípios constitucionais fundamentais no âmbito das relações privadas, ou seja, na relação particular versus particular.

Adentrando ao tema por ora proposto, não existe no Brasil previsão legal de extensão da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, como existente em algumas legislações, como a portuguesa.

Diante de tal omissão, criou-se na doutrina mundial duas correntes a respeito da aplicação do instituto nas relações em que o Estado não se encontra presente em um dos pólos. Parte da doutrina entende possível a aplicação da regra na situação ora exposta, desde que haja uma legislação adaptando a sua aplicação, como a existente em Portugal. Os adeptos da outra corrente doutrinária entendem ser desnecessária a autorização legal para a sua efetiva aplicação, uma vez que pelo princípio da unidade constitucional, os preceitos previstos na Carta Magna se

aplicam a todo o ordenamento jurídico, independentemente de previsão autorizativa infra-constitucional.

De acordo com as assertivas de Ingo Wolfgang Sarlet, temos que:

“Fora das relações indivíduo-poder, isto é, quando se trata de particulares em condições de relativa igualdade, deverá, em regra, (segundo os defensores desta concepção), prevalecer o princípio da liberdade, aceitando-se uma eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada apenas nos casos em que a dignidade da pessoa humana estiver sob ameaça ou diante de uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal. E conclui o renomado autor: Não é demais lembrar que, no concernente aos limites da autonomia privada, a incidência direta da dignidade da pessoa humana nas relações entre particulares atua também como fundamento de uma proteção, contra si mesma, já que a ninguém é facultada a possibilidade de liberdade para violar a própria dignidade”.⁵¹

Diante da explanação do magistrado, podemos concluir de antemão que a invocação dos direitos fundamentais na esfera do direito privado nas relações entre particulares é plenamente possível, ainda que não haja uma regra materializando a forma e os limites de sua aplicação. Isto porque, todas as relações sociais e públicas devem pautar-se pelos feixes emanados dos princípios estabelecidos na Constituição Federal, já que esta constitui o alicerce de valores de determinado Estado. Desta forma, ante o valor supremo da Constituição Federal, e o princípio da dignidade da pessoa humana, a conduta do fornecedor em face do consumidor encontra-se limitada pelos parâmetros por ela estabelecidos.

Assim, aplicando os ditames acima expostos nas relações de consumo, podemos entender passível de aplicação a moderna tese alemã do *superendividamento*, baseado nos ensinamentos de Nelson Rosenvald. Trata-se da

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos Direitos Fundamentais**, 2006, p.378.

possibilidade de resolução do contrato, quando durante a sua execução um fato pessoal e extraordinário, tornar excessivamente desproporcional as cláusulas estabelecidas, de forma a tornar impossível o cumprimento da obrigação assumida, restringindo inclusive o seu mínimo existencial e conseqüentemente afrontando a sua dignidade humana. A tese difere-se da onerosidade excessiva, uma vez que o fato gerador do superendividamento atinge a pessoa singularmente, como na hipótese de uma doença grave, cuja toda economia construída tenha de ser desprovida para a compra de medicamentos. De tal sorte que nada mais digno do que a possibilidade de se resolver o contrato, retornando ao *status quo ante*. Apesar da moderna tese alemã não ter sido ainda adotada pelos Tribunais brasileiros, passível sua aplicação diante do princípio da vulnerabilidade da dignidade da pessoa humana nas relações de consumo.

2.8 Da proteção do fornecedor em face do exercício ilegítimo do direito pelo consumidor

Por tratar-se de diploma evidentemente protecionista, o Código de Defesa do Consumidor estabelece apenas preceitos que resguardam os direitos dos consumidores em face da postura dominante do fornecedor.

Acontece que antes de tudo, as relações de consumo constituem situações obrigacionais assumidas, tanto por parte do consumidor como por parte do fornecedor. Desta forma, nada impede que ao exercer tais prerrogativas legais, o consumidor venha a exceder nos seus limites impostos, gerando ao fornecedor um dano.

Desta forma, apesar de não haver no ordenamento jurídico um diploma legal específico relativo à proteção do fornecedor por eventual abuso do consumidor, tem aquele, a sua disposição, as regras previstas no Código Civil Brasileiro, em especial as normas que disciplinam o abuso de direito.

2.8.1 Do abuso de direito e suas espécies

Está previsto no art. 187 do Código Civil que comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente aos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O dispositivo acima transcrito reflete a função de controle da boa-fé objetiva, ou seja, é através desta que o princípio estabelece o momento limite do exercício legítimo do direito, não configurando a sua utilização de forma abusiva.

Todas as vezes que um direito é violado surge para o seu titular o direito subjetivo a reparação do dano provocado. O legislador qualificou o abuso do direito como ato ilícito e sendo este fonte da obrigação, deve ser adimplido.

A doutrina nacional em compasso com a doutrina européia classificam algumas modalidades de abuso de direito em: *Venire contra factum proprium*, Teoria do adimplemento substancial (ou inadimplemento mínimo), *Supressio*, *Surrectio*, *Tuo Quoque* dentre outros.

Passaremos a analisar as espécies mais importantes, sem perder o foco do tema proposto. A Teoria do inadimplemento mínimo ou adimplemento substancial é aquela segundo a qual se configura abuso do direito quando numa relação obrigacional, o adquirente, embora tenha adimplido parte substancial da obrigação, vê seu contrato rescindido devido ao atraso das parcelas restantes.

A proibição de comportamento contraditório também chamado pela doutrina mundial de *Venire contra factum proprium* é a modalidade de abuso de direito que surge da violação do princípio da confiança. A regra emanada pelo instituto obsta que alguém possa contradizer o seu próprio comportamento, após ter produzido, em outra pessoa, uma determinada expectativa. De acordo com Judith

Martins-Costa a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente.⁵²

Os institutos da *Supressio* (*Verwirkung*) e da *Surrectio* (*Erwirkung*) devem ser analisados conjuntamente, uma vez que uma é a face oposta da outra. A *Supressio* nada mais senão a perda do direito subjetivo pelo não uso reiterado por determinado tempo. Ao passo que a *Surrectio* é a aquisição de um direito subjetivo devido ao não exercício da outra parte de um outro direito subjetivo. De acordo com o magistério de Nelson Rosenvald:

Supressio é o fenômeno da perda, supressão, de determinada faculdade jurídica pelo decurso do tempo, ao revés da *Surrectio* que se refere ao fenômeno inverso, isto é, o surgimento de uma situação de vantagem para alguém em razão do não exercício por outrem de um determinado direito, cerceada a possibilidade de exercê-lo posteriormente.⁵³

O instituto do *Tuo Quoque* vê-se implementado quando alguém após violar uma norma jurídica, tenta tirar proveito da situação por ele mesmo criada. Verifica-se nesta conduta a postura desleal, maliciosa do agente, gerando ruptura da confiança depositada por uma das partes no comportamento da outra, por conta dos critérios valorativos antes utilizados.⁵⁴

⁵² ROSENVALD, Nelson, CHAVES, Cristiano, **Direito Civil, Teoria Geral**, Belo Horizonte, Lumen Juris, 2006, p.489.

⁵³ op.cit.p.487

⁵⁴ Op. cit. 489

3 TUTELAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA EM RELAÇÃO AO DIREITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

3.1 Da ordem jurídico-econômica

Todas as relações existentes numa sociedade buscam sempre um determinado fim. *Ordem* é a organização dos elementos para a melhor consecução da finalidade desejada. É a compatibilidade na utilização de fatores necessários para maior eficácia na realização do intuito estimado

A economia como fator social esta umbilicalmente ligada ao Direito. Indubitavelmente certo que todas as relações humanas necessitam de normas uniformizadoras e regularizadoras de condutas socialmente aceitas. A economia não é diferente. As relações econômicas, por também estarem inseridas no campo das relações sociais, necessitam de regras que evitem o abuso e a opressão dos mais exacerbados em detrimento dos vulneráveis.

Diante da necessidade acima exposta surge a chamada *Constituição Econômica*. Esta se justifica de acordo com a necessidade da relação Direito e Economia. Consiste em um ordenamento superior cuja finalidade é regular a ordem jurídico-econômica, aplicando princípios e regras constitucionais nas relações econômicas de um Estado. Conjunto de preceitos e instituições jurídicas que tem por finalidade garantir os elementos definidores de um determinado sistema econômico. É o fenômeno da interação e mutação entre sistema econômico, ordem jurídico-econômica e constituição econômica.

É característica fundamental da Constituição Econômica o grande número de normas programáticas, visto que estas têm a finalidade de formular (dar outra forma) a ordem jurídica adotada anteriormente a sua promulgação. A ordem econômica não é estática, por ela reflete o seu tempo, a ideologia do momento em que é concretizada, como será explanado durante o desenvolvimento do presente estudo.

3.2 Ordem jurídico-econômica nacional

A Constituição Federal de 1891, apesar de garantir a liberdade do indivíduo perante atos estatais, a ideologia político-econômica liberal de Adam Smith era adotada. A liberdade dos contratantes era movimentada pela lei da oferta e da procura. Toda essa ideologia inglesa se contrapunha ao sistema de escravidão ainda então mantido pelo Brasil. Apenas parte da população tinha o direito ao voto, ou seja, o sufrágio era graduado ao montante da renda de cada cidadão e ao grau de importância do cargo objeto da eleição. Por fim, o direito de propriedade era amplamente protegido, prevendo inclusive prévia indenização no caso de desapropriação pelo Estado.

Em 1891 foi promulgada a primeira Constituição Republicana brasileira. Apesar de grandes modificações no campo político, a Carta constitucional manteve a ideologia liberal de mercado. Por outro lado, os direitos sociais ainda estavam alheios ao tratamento constitucional exigidos.

Com a promulgação da Constituição de 1934, grandes mudanças ocorreram no painel jurídico-econômico nacional. Vindo a reboque da Constituição mexicana (1917) e de Weimar (1919), pela primeira vez fora adotado dentro do sistema das Constituições, normas de natureza econômica. Houve uma transmutação da ideologia liberal para o sistema socioeconômico por meio da estatização e intervenção estatal na economia. Verifica-se o novo contexto na análise do art. 117 – A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras e estrangeiras que atualmente operam no país.

A Constituição de 1937, gerada no Golpe de Estado, introduziu a história das Constituições Econômicas o instituto da intervenção estatal no desenvolvimento da atividade econômica. Somente era legítima a intervenção do Estado no domínio econômico, para “suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo

das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representado por este”.⁵⁵

Finalizado o regime totalitário, nasce com a Constituição Federal de 1946 o ideal de Democracia. O receio do retorno ao sistema ditatorial embasou o constituinte a prever como direitos invioláveis a vida, a liberdade, a segurança individual e a propriedade (art 141). Inspirada com a legislação antitruste americana, a Constituição Federal se preocupava com a repressão ao abuso do poder econômico. Aludia o art. 148 – A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenha por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

A chegada da Revolução Militar de 1964 determinou a ideologia Geopolítica adotada pelo Estado (Segurança Nacional) e refletida na Constituição Federal de 1967. A doutrina da segurança nacional continha três objetivos: ocupar o território nacional, expandir por toda América do Sul e formar uma potencia mundial. Com isto, a ordem econômica adquire a função do desenvolvimento nacional e a justiça social. A Revolução protegia antes da Ordem Econômica a Segurança do Estado, de acordo com a norma emanada do art. 157, § 8º - São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada industria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime da competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

3.3 Ordem jurídico-econômica na Constituição Federal de 1988

A ordem jurídico-econômica do Brasil está incorporada na Constituição Federal de 1988, chamada por Ulisses Guimarães de Constituição Cidadã, devido a

⁵⁵ Art. 135 CF/1937

maior importância dada ao cidadão em relação aos ordenamentos constitucionais que a precederam.

A ideologia assumida pela atual Carta Constitucional foi a socialização dos direitos, seja devido o realce concedido ao cidadão, como acima exposto, seja sob o novo papel do Estado perante seus súditos. Houve a inclusão dos direitos sociais no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais.

“O Constituinte, contudo, desceu a minúcias, parece que impregnado pela idéia de que os indivíduos são incapazes de impor seus direitos, ou também imbuído da convicção de que os sindicatos, com sua mentalidade deteriorada pelo longo serviço a causa política dominante ou ao interesse pessoal de dirigentes sindicais não teriam competência para negociar as condições mínimas garantidoras da dignidade do trabalhador. Por isso preferiu criar e enumerar os direitos dos trabalhadores, e o fez a ponto de gerar pesados obstáculos à livre iniciativa e principalmente ao progresso através da competição”, conforme assevera João Bosco Leopoldino da Fonseca⁵⁶.

Muito embora estejam previstos no seu art.1º, é inquestionável a aplicação dos fundamentos da República em qualquer relação abstratamente prescrita na Constituição. A premissa torna-se relevantemente necessária devido a falsa percepção que alguns possam despertar da aplicação das diretrizes expostas no primeiro dispositivo constitucional somente no que tange as relações existentes na Constituição Política. Diante disso, é imperioso ressaltar que a soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa também se aplicam a Constituição Econômica. Bem como podemos enumerar, a esta aplicada, os objetivos da República localizados no art.3º do mesmo diploma constitucional.

O atual diploma constitucional previu no seu corpo os princípios da atividade econômica, assim enumerados: art.170. A ordem econômica, fundada na

⁵⁶ FONSECA, João Bosco Leopoldino da, **Direito Econômico**, Belo Horizonte, Forense, 2005,p.57.

valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado os seguintes princípios: I. Soberania Nacional; II. Propriedade privada; III. Função social da propriedade; IV. Livre concorrência; V. Defesa do consumidor; VI. Defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII. Redução das desigualdades regionais e sociais; VIII. Busca do pleno emprego; IX. Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. No que tange aos incisos V, VI, VII e VIII, José Afonso da Silva⁵⁷ os denominam de princípios de integração, uma vez que tem a finalidade de resolver problemas de marginalização regional ou social.

A defesa do consumidor tratada como princípio da atividade econômica se fundamenta na doutrina moderna que considera o consumidor como um dos elos da economia de mercado. A materialização se dá através de adoção de política de econômicas adequadas e programa de proteção ao consumidor.

Foi por meio da Resolução nº 39/248 de 9 de Abril de 1985 da Organização das Nações Unidas que foram estabelecidas diretrizes estabelecendo aos governos um marco para a implementação de legislação e políticas de proteção ao consumidor que vários países no mundo passaram a estabelecer em suas legislações pátrias regras protecionistas a parte vulnerável da relação de consumo. Sob inspiração deste diploma internacional, a Constituição portuguesa (1976) por meio da Lei Constitucional de 8 de julho de 1989, regrou no seu art.60, a obrigatoriedade de implementação de medidas cuja finalidade era a efetivação da proteção. O mesmo ocorreu na legislação Espanhola de 1978, positivando a medida em seu art. 51.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo, Malheiros, 2005, p.796.

No Brasil, o princípio da defesa do consumidor veio a ser efetivado através da Lei 8.078/90, estabelecendo os parâmetros da Política Nacional de Relações de Consumo e princípios norteadores do Estado na sua implementação.

Além de informar o direito do consumidor como princípio da ordem econômica no seu art. 170, a atual Constituição classificou-o, ainda, como direito constitucional fundamental. Obviamente preocupou-se duplamente, o diploma constitucional, devido ao fenômeno do consumo em massa que assolava a época de sua elaboração e continua assolando a sociedade como um todo. Diante disso, ambos dispositivos legitimam a ampla intervenção estatal, de modo a efetivar a proteção do consumidor, conforme ditames de legislações internacionais e Resolução da Organização das Nações Unidas.

3.4 Ordem econômica internacional

O Direito Econômico Internacional não possui independência bastante para ser estudada como mais um ramo autônomo do Direito. Por outro lado, demonstra certas peculiaridades divergentes das apresentadas na matéria sob a ótica interna, de modo a justificar uma análise pouco mais polida em nosso estudo. Desta forma, a análise feita neste momento concentra-se apenas no estudo das leis de Direito Econômico na ótica internacional, objetivando somente ao esclarecimento de seu objeto e sua ligação com o Mercosul.

Diante deste novo ramo do Direito vários organismos foram criados com o fim de eliminar o arbítrio das nações mais fortes economicamente, buscando limitar os atos de livre negociação com os países subdesenvolvidos.

3.5 Fontes do direito econômico e regras de aplicação normativa

Como verificado inicialmente ao estudo do tema, a Constituição Federal estabeleceu com base na Carta de Weimar de 1919, além de regras de organização

do Estado, normas denominadas pela doutrina de Constituição Econômica. Esta tem o escopo de regulamentar todo o sistema econômico nacional. De acordo com a doutrina de Kildare Gonçalves Carvalho⁵⁸ citando o conceito do jurista português Vital Moreira, “Constituição Econômica é o conjunto de normas fundamentais que estabelecem juridicamente os elementos estruturais de forma concreta de um determinado sistema econômico”.

Qualquer que seja o Estado, a ordem econômica vem fixada pela Constituição Federal ou fatores fundamentais do direito privado e administrativo.⁵⁹

O sistema de idéias apresentado pela atual Constituição Federal cede a filosofia do neoliberalismo e do capitalismo, ou seja, é a iniciativa privada a legitimada para exercer a atividade econômica, cabendo ao Estado intervir excepcionalmente se presente algum fator anômalo definido na própria Constituição.

Destarte, a Constituição Federal ao prever no seu bojo regras de direito econômico, esta o fez por meio de normas cuja implementação ocorrerá por meio de normas infraconstitucionais. Tais normas constitucionais são batizadas pela doutrina de normas de conteúdo programático, ou simplesmente normas programáticas.

Valendo-se do estudo realizado pelo ilustre jurista constitucional Luis Roberto Barroso, a norma constitucional se divide em normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direito e normas constitucionais programáticas. As primeiras, também chamadas de “normas de estrutura ou de competência são uma específica categoria de regras, com uma estrutura normativa própria, destinada a ordenação dos poderes estatais, à criação e estruturação de entidades e órgãos públicos, à distribuição de suas atribuições, bem como à identificação e aplicação de outros atos normativos”.As definidoras de direitos são regras que definem direitos fundamentais. Por fim, as normas programáticas fecham o rol por ele apresentado. Assim sendo, sumariza Luís Roberto Barroso:

⁵⁸,CARVALHO, Kildare Gonçalves, **Direito Constitucional**, Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p.1001

⁵⁹ Op.Cit

“Na esteira do Estado intervencionista, surgido do primeiro pós-guerra, incorporam-se à parte dogmática das Constituições modernas, ao lado dos direitos políticos e individuais, regras destinadas a conformar a ordem econômica e social a determinados postulados de justiça social e realização espiritual, levando em conta o indivíduo na sua dimensão comunitária, para protegê-lo das desigualdades econômicas e elevar-lhe as condições de vida, em sentido mais amplo. Algumas destas normas definem direitos, para o presente, que são direitos sociais, outras contemplam certos interesses, de caráter prospectivo, firmando determinadas proposições diretivas, desde logo observáveis, e algumas projeções de comportamentos, a serem efetivados progressivamente, dentro do quadro de possibilidades do Estado e da sociedade”.⁶⁰

A Constituição econômica é composta de normas de natureza programática, uma vez que esta, de acordo com José Afonso da Silva, tem a finalidade de criar uma nova realidade política, econômica e social. É através das normas programáticas que o constituinte originário traça metas a serem alcançadas *pro futuro*, fixando princípios e regras que nortearão o legislador infraconstitucional e ao administrador na implementação do seu conteúdo através do poder legiferante das normas ordinárias e expedição de atos administrativos, respectivamente.

A corrente doutrinária dominante entende haver força jurídica vinculante imediata no que tange as normas programáticas, de modo não ser legítima a escusa do poder público no ato de se eximir de cumprir metas por elas estabelecidas. Essa premissa é comprovada pelo texto constitucional, já vez que este prevê em caso de omissão do poder estatal, a possibilidade do cidadão requerer junto ao poder judiciário por meio do mandado de injunção o suprimento do vício de eficácia. Caso contrário estaria nas mãos do próprio Congresso Nacional a possibilidade de revogação por omissão das normas constitucionais programáticas.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto, **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, Renovar, p.114.

De acordo com jurisprudência recente, o STF entende que a implementação da norma programática, ainda que haja sentença favorável ao impetrante do mandado de injunção, deve ser realizada somente pelo poder administrativo ou legislativo competente para aquela função. A teoria que vem sendo aplicada pelo Pretório Excelso é a corrente não concretista, seguida por, dentre outros, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Contudo, a presente tese está na iminência de sofrer modificação nos próximos julgamentos da Corte, devido a sua nova conjuntura ideológica. Como bem assevera o Ministro Gilmar Mendes⁶¹, “não resta alternativa para o Poder Legislativo quanto a decidir sobre a regulação ou não do tema, e que cabe, por sua vez ao Poder Judiciário, intervir de forma mais decisiva, de modo a afastar a inoperância de suas decisões em mandado de injunção, e atuar também nos casos de omissão do poder legislativo”.

Assim, a verificação de normas programáticas na Constituição Econômica justifica-se, uma vez que as modificações dos interesses econômicos com o decurso do tempo não afetarão as regras nelas contida, bastando uma simples atualização infraconstitucional quando necessário.

Tanto no contexto geral como no ramo do direito econômico, as normas jurídicas devem buscar a segurança nas relações, ou seja, a norma deve transmitir primeiramente ao indivíduo e em seguida a coletividade uma garantia de padronização de comportamentos, de modo não permitir a infração ao princípio da legalidade e isonomia.

A realidade econômica do país é questão primordial na análise prévia ao processo legiferante de normas de direito econômico. A realidade empírica tem mais força do que a prognose póstuma estabelecida na lei. Ao tratar do tema, João Bosco Leopoldino assim leciona:

“A realidade econômica passou a ter influência fundamental na elaboração e na aplicação da lei. O legislador e o aplicador da lei não podem desconhecer a realidade econômica em que vivem e que pretendem normatizar e direcionar. Não basta conhecer os textos da

⁶¹ MI670/ES, rel. Min. Maurício Corrêa, 7.6.2006.

Constituição, que muitas vezes são até mesmo ignorados, não basta ter lido alguma vez os textos legais que criam instituições e lhes atribuem competências. É necessário também conhecer a realidade e viver a realidade a que se referem aqueles textos”.⁶²

Assim, ainda que verificar a realidade, a norma de direito econômico deve procurar a reforma da realidade, ou seja, deve direcionar as inevitáveis mudanças naturais da sociedade. De acordo com a magistral doutrina do saudoso jurista Miguel Reale, o direito é fato, valor e norma. A norma de conteúdo econômico passa, portanto, a ser a geradora de novos valores sociais.⁶³

As normas de direito econômico diante da visão de fatores difusos deve estabelecer um campo de desenvolvimento humano, sem deixar de considerar e proteger as condições necessárias de subsistência das futuras gerações. A imperatividade desta exigência torna-se tanto quanto qualificada se atribuirmos a sua gênese a função social da propriedade (art. 170, III CF) e a dignidade da pessoa humana (art.170 caput CF).

Pela análise das novas premissas e princípios do direito civil aplicáveis a todos os ramos da ciência jurídica, verifica-se a exigência da aferição pelo legislador do dever inerente a boa-fé de não lesar terceiros. Destarte, a Ordem Econômica deve adotar critérios pelo qual o risco de dano a coletividade seja suprimido ou reduzido, uma vez que a Constituição Federal estabeleceu como direito fundamental do cidadão vítima de ato ilícito o direito a ser indenizado, seja em decorrência de dano moral, material ou a imagem. (art. 5º, V).

O pragmatismo também é um atributo que deve ser levado em consideração. A aplicação das normas de direito econômico devem atender a realidade que circunda o mundo empírico. Conseqüentemente, diante da verificação

⁶² FONSECA, João Bosco Leopoldino da, **Direito Econômico**, Belo Horizonte, Forense, 2005,p.57.

⁶³ Op.Cit. p.60

de tais fatores, o exegeta deve aplicar o preceito de forma a alcançar a sua maior eficácia, sempre buscando a justiça e a paz social.

Por fim, atinente ainda ao sistema de aplicação da norma, ante ao princípio da unidade contextual do sistema normativo-constitucional, verificada a aparente colisão entre princípios constitucionais, deverá ser sobreposta como recurso de dissolução as regras do princípio da proporcionalidade. Este teve origem na Alemanha e surgiu com a finalidade de contenção de direitos no sentido abstrato e concreto. A doutrina mais abalizada divide o princípio em sub-princípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação, conhecida também como sub-princípio da idoneidade, pertinência, conformidade ou aptidão, significa que a medida deve ser adequada aos motivos que a impulsionarem e à finalidade que persegue. Há exigência de que a medida deva ser apta para a consecução do desiderato social eleito, e averigua-se a utilidade e a idoneidade do meio para atingir o resultado pretendido. A necessidade, também denominada de sub-princípio da exigibilidade, proibição do excesso, intervenção mínima, indispensabilidade, quer dizer que a conduta estatal não deve exceder ao imprescindível para a realização do fim jurídico que se propõe. Desse modo, o meio empregado há de ser o mais leve, o menos gravoso dos direitos fundamentais. Não deve existir meio menos oneroso do que aquele escolhido para o atingimento da mesma ou semelhante finalidade. A proporcionalidade em sentido estrito implica no sopesamento dos interesses em jogo, isto é, a ponderação das tensões entre os princípios em concorrência: pesam-se as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins.⁶⁴

Assim sendo, o princípio da proporcionalidade que também é chamado de princípio da lesão menos gravosa tem como objeto a verificação e a ponderação dos valores constitucionais em conflito, acatando a aplicação de um em face da abdução do outro. A lesão menos grave pode consistir na contenção, extinção ou suspensão do direito emanado da norma afastada. A idéia em estudo, como pode ser

⁶⁴, CARVALHO, Kildare Gonçalves Carvalho, **Direito Constitucional**, Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p.1001

vislumbrada é de relevante importância na aplicação do Direito, em especial a Ordem Econômica, uma vez que constitui um instrumento de grande valia na interpretação e aplicação das normas.

Nesta ocasião, oportuno ressaltar que ao ser aplicado no mundo concreto, o princípio da proporcionalidade leva a denominação de princípio da razoabilidade.

3.6 Da intervenção do Estado no Domínio Econômico

Com o surgimento do mercantilismo, o Estado buscava consolidar seu poder central, solidificando a sua hegemonia perante Estados estrangeiros. Diante deste fato o comércio internacional se desenvolve, em especial o de pedras preciosas, sendo que estas foram utilizadas como instrumento de troca ou escambo. Surge então o capitalismo com ideais baseados no princípio da propriedade privada. Vários mecanismos foram adotados no Estado moderno de modo a enfatizar o mercantilismo feroz, quais sejam a vontade de fortalecimento do poder através da busca da riqueza (centralizada no ouro ou na prata), o protecionismo pela implantação de fortes barreiras aduaneiras, o favorecimento da exportação e o correspondente desfavorecimento da importação, com a finalidade de estabelecer uma balança comercial favorável. O mercantilismo utilizou de forma agressiva a xenofobia, incentivando assim as rivalidades internacionais.⁶⁵

Com o surgimento do liberalismo econômico a teoria mercantilista perde seu apogeu. Este, fundado na doutrina jusnaturalista do século XVII e em ensinamentos de Adam Smith, exalta princípios de liberdade, valorização do indivíduo e de revolta contra os privilégios do poder absolutista monárquico.⁶⁶

⁶⁵FONSECA, João Bosco Leopoldino da, **Direito Econômico**, Belo Horizonte, Forense, 2005,p.254.

⁶⁶ Op. Cit.p. 255

A pretensa liberdade na ordem econômica conferida pelo Estado aos indivíduos surtiu efeitos contrários, revelando-se forma de alargar os abismos entre as classes sociais e tornando o pobre cada vez mais pobre e o rico cada vez mais abastado. A liberdade para as classes desfavorecidas transformou-se em escravidão. Definitivamente, o Estado não poderia ficar indiferente ao crescimento das desigualdades sociais.⁶⁷

Vinga, portanto, a necessidade da atuação estatal no domínio econômico. A partir do século XIX, com a crise do capitalismo, o aumento e a dominação de algumas empresas aniquilava por completo o mercado. Diante deste quadro, alguns estudiosos da matéria atribuem a esta concentração empresarial o surgimento do Direito Econômico, como instrumento de normatização da intervenção do Estado na livre iniciativa empresarial.

A necessidade da intervenção do Estado na atividade econômica verificou-se em no pronunciamento do Papa João Paulo II que ressaltou a exigência da intervenção do Poder estatal no direcionamento do mercado, de modo a garantir a segurança de seus integrantes, sejam estes consumidores, sejam estas empresas.

3.6.1 Modalidades de intervenção econômica

a) Regulação econômica

Por meio desta o Estado intervém estabelecendo normas com o intuito de influir diretamente na concretização da economia, fiscalizando os agentes econômicos ou incentivando a atividade econômica.

⁶⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, Lumen Juris, 2006, p. 747.

b) Atuação fiscal financeira

Nesta modalidade de intervenção o Estado não age diretamente na atividade econômica, mas estabelece normas de conteúdo financeiro ou fiscal, estimulando a atividade econômica.

c) Iniciativa pública

O Estado também intervém na atividade econômica criando empresas para atuar nas mesmas condições das que já atuam na iniciativa privada.

A intervenção do Estado na ordem econômica se consubstanciou e se ampliou através de diversas formas e ensejou algumas técnicas especiais, entre estas a criação e a gestão pelo Estado de empresas industriais e comerciais. Por intermédio delas, passou a ter maior proximidade com os setores privados do capital e maior eficiência no controle de condutas privadas prejudiciais a comunidade.⁶⁸

d) Reservas ao setor público

Outro método de intervenção do Estado na ordem econômica é por meio da reserva ao setor público da exploração de alguns setores estratégicos da economia. Contudo, não constitui atuação ilimitada, sob risco de usurpação pelo Estado da iniciativa privada. Assim leciona João Bosco Leopoldino⁶⁹:

⁶⁸ Op.Cit.p.748

⁶⁹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da, Direito Econômico, Belo Horizonte, Forense, 2005, p.281.

A inexistência de qualquer papel destinado ao Estado poderia levar à exacerbação do individualismo, mas uma ingerência desmesuradamente indevida do Estado poderia levar à supressão da iniciativa individual, em tese originadora da criatividade, da inventividade e da produtividade.

e) Intervenção Indireta - Estado Executor

O ato de intervir do Estado na atividade econômica pode ainda ser dividida em intervenção direta e indireta.

A intervenção direta é o meio pelo qual o Estado age concretamente na economia, desenvolvendo atividade comercial por meio das empresas públicas e sociedades de economia mista.

De acordo com a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho⁷⁰, empresa pública é “pessoa jurídica de direito privado, integrante da Administração indireta do Estado, criada por autorização legal, sob qualquer forma jurídica adequada a sua natureza, para que o Governo exerça atividades gerais de caráter econômico ou, em certas situações, execute a prestação de serviços públicos. Ao passo que sociedade de economia mista é pessoa jurídica de direito privado, integrantes da Administração indireta do Estado, criada por autorização legal, sob forma de sociedade anônima, cujo controle acionário pertença ao Poder Público, tendo por objetivo, como regra, a exploração de atividades gerais de caráter econômico e, em algumas ocasiões, a prestação de serviços públicos”.

Portanto, a intervenção direta é a atuação do Estado revestido de atos e atributos da iniciativa privada, explorando a atividade empresarial, ora revestido de empresa pública ora revestido de sociedade de economia mista.

⁷⁰CARVALHO FILHO, José dos Santos, Manual de Direito Administrativo, Belo Horizonte, Lumen Juris, 2006, p.404.

f) Intervenção Direta - Estado Regulador

A atuação indireta do Estado na atividade econômica consiste na orientação e fomento que este presta a iniciativa privada, através de política econômica adotada e finalisticamente direcionada ao crescimento sustentado da economia, a garantia do pleno emprego dos fatores de produção e a relativa estabilidade de preços.⁷¹ O Estado Regulador retira substrato normativo do art 174 da Constituição Federal que assim prescreve:

Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

O ato de fiscalização consiste no impedimento e a repressão de qualquer abuso exercido pelos particulares, de modo a proteger os menos favorecidos, consumidores e os hipossuficientes. O presente encargo estatal visa a limitação à livre iniciativa quando esta gerar opressão e domínio por alguns em detrimento dos demais integrantes da cadeia econômica.

A fomentação pode ser verificada quando o Poder Público adota medidas que propiciem o desenvolvimento da atividade econômica, por meio de incentivo fiscal, abertura de crédito especial, dentre outras.

Por fim, incumbe ao Estado o planejamento da economia, ou seja, adoção de metas a serem cumpridas ao longo do tempo. Leciona da seguinte forma a respeito do tema Eros Roberto Grau:

“O planejamento de que trata o art. 174, referido no seu §1º, é – repito-o – planejamento do desenvolvimento econômico. O que dia a Constituição, em síntese, no conjunto dos preceitos aos quais fiz

⁷¹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da, Direito Econômico, Belo Horizonte, Forense, 2005, p.283.

alusão, e que importa considerar, é que a União (o Executivo) elaborará planos nacionais e regionais de desenvolvimento econômico e social, plano que deverão ser aprovados pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República; os planos nacionais serão executados pela União e deverão compreender os planos regionais, que serão executados pelos organismos regionais.”⁷²

Esclarece ainda o autor que “os planos são, fundamentalmente, normas-objetivo, isto é, normas que definem fins a alcançar”.⁷³

Somente através das metas estabelecidas é que ocorre a transformação da economia, seja prosperando, seja direcionada a própria ruína.

3.7 Estado Regulador

Após a introdução ao tema sito no item anterior do presente ensaio, passaremos a analisar de forma mais pormenorizada e detalhada o tema em questão.

A posição interventiva do Estado verifica-se através do estabelecimento de normas conferidas aos particulares, com o intuito de regular a atividade privada e reprimir qualquer espécie de abuso praticados por estes.

Os atos de intervenção são proferidos diretamente pelo Estado. Daí ser chamado por parte da doutrina de intervenção direta no domínio econômico.⁷⁴ Mas não constitui tema pacífico, já que parcela outra entende ser esta uma forma indireta

⁷² GRAU, Eros Roberto, **A ordem econômica na Constituição de 1988**, Malheiros, São Paulo, 2003, p 264.

⁷³ Op.Cit.

⁷⁴ Dentre estes José dos Santos Carvalho Filho.

de intervenção, já que o Estado atuará de forma direta somente quando atuar como executor da atividade empresarial por meio das empresas estatais.⁷⁵

Em regra a competência para atuar no domínio econômico pertence a União Federal. O art. 21 da CR enumera atribuições destinadas a este ente como a execução de planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico social (IX), fiscalização das operações financeiras (VIII) dentre outras. Ainda, o art. 22 classifica a competência privativamente atribuída União, através da qual, dentre outras, prevê a competência para legislar sobre o comércio exterior e interestadual (VIII) e sobre o sistema nacional de empregos.

Entretanto, a Constituição enumera atribuições concedidas comumente a todos os entes da Federação (art. 24). Tais atributos enumerados dentro da competência comum, são objetos de tratamentos tanto pela União, como pelos demais entes, sendo que o primeiro tem legitimidade para estabelecer normas gerais e o segundo normas suplementares. São objetos de tratamento entre todos os entes políticos a legislação sobre direito econômico e financeiro (I), sobre produção de consumo(V), dentre outras enumeradas no art.24 da Carta Magna.

O art. 23 também da Constituição Federal apresenta a competência para atos administrativos praticados tanto pela União, como pelos Estados e Municípios. É a chamada competência administrativa pela qual atribui, por exemplo, dever de proteger o meio ambiente (VI) e fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar (VIII).

3.7.1 Repressão ao Abuso do Poder Econômico

O abuso do poder econômico é a conduta pela qual o detentor do poder econômico (acumulo de riquezas conseguido pela atividade comercial) a utiliza forma a lesionar a camada menos favorecida da coletividade, viciando o plano

⁷⁵ Dentre estes João Bosco Leopoldino da Fonseca

econômico. Na ótica civilista, dá-se a este instituto o nome do abuso do direito, que será mais bem analisado em momento oportuno deste ensaio.

A repressão ao abuso do poder econômico consiste em atos estratégicos utilizado pelo poder publico para reprimir a conduta lesiva utilizada pelo causador da perturbação da atividade econômica, devido a sua preponderância financeira em face da hipossuficiência dos menos abastados.

A doutrina enumera três elementos constitutivos da repressão ao abuso do poder econômico: o acúmulo de riquezas, distorção nas leis do mercado e por fim a inibição das condutas lesivas pelo Estado Regulador.

Não obstante o abuso do poder econômico estar comumente presente na iniciativa privada, nada impede que o Estado conduza abusivamente o setor econômico. Este fato pode ser verificado, uma vez que o Poder Público atua excepcionalmente na atividade comercial por meio das paraestatais.

Várias são as formas enumeradas pela doutrina de abuso. Aderimos às enumeradas por Jose do Santos Carvalho Filho.

A primeira forma de abuso enumerada pelo autor supra mencionado é a dominação do mercado. Uma vez que o que movimenta o mercado é a lei da oferta e da procura, havendo o domínio por uma determinada empresa, a força gerada por essa mola propulsora do mercado (competitividade), se esvaziará, dando ensejo a arbitrariedade pelo dominante e a conseqüente supressão do mais fraco.

Também é forma de abuso a eliminação da concorrência. A segunda é uma derivação da primeira, ou seja, a eliminação da concorrência somente é possível de acontecer se houver determinado agente dominando abusivamente o mercado.

Embora seja difícil modernamente admitir-se a concorrência perfeita, o certo é que ela regula e dá relativo equilíbrio ao mercado, porque a intenção abusiva de um encontra barreiras na atuação idônea de seu concorrente. É o regime de

competição que cerceia a imposição de produtos e de preços e, dessa maneira, merece defesa no regime econômico.⁷⁶

Constitui ainda forma de abuso do poder econômico o aumento arbitrário dos lucros. A lucratividade excessiva também decorre das demais formas de abuso acima estudadas. Ao Estado pertence o dever de intervir quando verificado domínio do mercado por certa empresa, esta eleva sobremaneira o valor dos produtos, ferindo dentre outros os direitos do consumidor.

Ressalte-se que uma das necessárias para que o funcionamento dos mercados produza uma alocação eficiente de recursos é a de que os produtores sejam tomadores e não formadores de preços, deixa-se de obter os resultados de eficiências de um mercado competitivo. Entretanto, é muito freqüente a situação na qual o funcionamento do mercado pode gerar concentração da atividade econômica em um ou poucos agentes que, assim, acabam tendo poder de influenciar os preços.⁷⁷

3.7.2 Direito de proteção a concorrência

Vislumbrou-se até o presente momento que a liberdade aduzida por Adam Smith gerava opressão, uma vez que pela lei da oferta e da procura a homogeneidade era afastada do mercado, passando a existir a classe dominadora e a classe dominada.

Conseqüentemente surgiu o poder econômico e com este o seu exercício abusivo. Verificou-se então a necessidade da ingerência do Estado nas relações

⁷⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, Lumen Juris, 2006, p.756.

⁷⁷ OLIVEIRA, Gesner Oliveira e RODAS, João Grandino, **Direito e Economia da Concorrência**, Rio de Janeiro – São Paulo – Recife, Renovar, 2004, p.137.

mercantis para reduzir o quadro de opressão dos mais fracos perante os mais abastados financeiramente.

A função do Sistema de Proteção a Concorrência é desafogar o mercado e resgatar a concorrência equilibrada entre seus agentes. O objeto da legislação de proteção a concorrência é a presunção de que a regulamentação estatal afastara a possibilidade da utilização abusiva do poder econômico por determinado agente que o possuía. Na mesma acepção aludem Gesner Oliveira e João Grandino Rodas:

O foco da agência de defesa da concorrência ocorre nos mercados não-competitivos, nos quais há maior probabilidade de ocorrência de ilícito em função da existência de poder de mercado. Entretanto, uma parcela razoável dos problemas está associada às falhas de regulação. Assim, o estabelecimento de regras pró-concorrenciais pode eliminar ou, pelo menos, atenuar as falhas de mercado. Por exemplo, uma regulamentação adequada de empresas de telefonia celular ou planos de saúde poderia diminuir o número de problemas nesta área. Portanto, a autoridade de defesa da concorrência não prescinde da autoridade regulatória nestes mercados.⁷⁸

Quanto ao sistema brasileiro de defesa da concorrência, temos que ele é composto pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda, Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça. Esta última constitui instância julgadora administrativa.

Todo esse ordenado existe com o fim de alcançar o mercado perfeitamente competitivo. Ainda que seja uma utopia, o mercado perfeitamente

⁷⁸ OLIVEIRA, Gesner Oliveira e RODAS, João Grandino, **Direito e Economia da Concorrência**, Rio de Janeiro – São Paulo – Recife, Renovar, 2004, p.137.

competitivo é aquele em que os agentes estão em grau de igualdade tão ampla, a ponto de não conseguirem interferir no preço estabelecido pela concorrência. O preço consistiria num coeficiente englobando as necessidades do produtor e os anseios do comprador.

É no cenário do mercado imperfeitamente competitivo que a atuação do Estado intervencionista é exigida. Isto porque é neste que se encontra a desigualdade das condições estabelecidas pela lei da oferta e da procura, onde o produtor que estabelece uma organização mais eficiente lidera o mercado e conseqüentemente mais acessível a condutas abusivas.

Constitui sub-espécie do mercado imperfeitamente competitivo os mercados oligopolizados, ou seja, aquele em que atuam uma parcela pequena de produtores ou parcela pequena de grandes produtores que desafiam o mercado com parcela grande de pequenos produtores. O oligopólio gera interdependência, pois as empresas sabem que são poucas e conseguem vigiar-se umas às outras. Faz nascer uma situação denominada paralelismo consciente, isto é, coincidência de comportamentos por concorrentes que se estudam e acompanham reciprocamente. A verificação do pareamento de preços deve ser feita através da análise do elemento subjetivo consistente no intuito voluntário de assim agir. O simples fato de haver identidade de preço de um mesmo produto colocado em circulação por agentes diversos não é suficiente para configurar conduta anticoncorrencial.

Constitui, ainda, sub-espécie do mercado imperfeitamente competitivo o mercado monopolizado. Consiste no desenvolvimento exclusivo por uma única empresa de atividade comercial sem a possibilidade de ingressar no mercado qualquer concorrente. O simples fato de ser monopolista não enseja a intervenção estatal. O que vai exigir a ingerência do Poder Público é a constatação de abuso de poder pelo monopolista por meio de práticas anticoncorrenciais. É válido ressaltar que ao Estado é garantido o monopólio de certos setores da atividade econômica, seja em razão de previsão legal, seja pela própria característica do objeto (monopólio natural), como por exemplo, o domínio na exploração do petróleo. Gesner Oliveira e João Grandino Rodas advertem a respeito dos monopólios naturais:

“Lembre-se, ademais, do caráter dinâmico da delimitação entre monopólios naturais e mercados competitivos. Por exemplo, já que as condições de custo, tecnologia e demanda, principalmente em setores como o das telecomunicações e transportes, variam consideravelmente no tempo, pode-se considerar que os monopólios naturais, em vez de permanentes, são temporários e podem, então, ser regidos por regras de mercado”.⁷⁹

Para finalizar o estudo das sub-espécies de mercados imperfeitamente competitivos, imprescindíveis destacar as figuras do monopsônio e do oligopsônio. Apesar de equivalentes ao monopólio e ao oligopólio, com estes não são passíveis de equívocos. O primeiro consiste na existência exclusiva no mercado de um agente econômico que adquirirá do fornecedor determinado bem ou serviço que em seguida disponibilizará ao consumidor. Assim, não existe a possibilidade deste fornecedor ofertar tais produtos a concorrência, uma vez que esta não existe. Os oligopsônios, por sua vez, são pequeno número de agentes econômicos que atuam no mercado adquirindo produtos ou serviços para ofertar aos consumidores. Oportuno lembrar que o simples fato do agente econômico apresentar-se na situação de oligopsônio ou monopsônio não justifica a intervenção do Estado no domínio econômico, uma vez que somente havendo determinado comportamento abusivo ocorrerá este tipo de ingerência.

Assim, diante do quadro sugestivo que o mercado imperfeitamente competitivo propicia ao desenvolvimento abusivo da atividade econômica, surge como espécies desta o *Truste*, *Cartel* e *Dumping*.

Truste é a forma de abuso do poder econômico pela qual uma empresa de grande porte domina o mercado através da eliminação da concorrência. É a imposição das grandes empresas sobre os concorrentes menores, visando a afastá-los do mercado ou obrigá-los a concordar com a política de preços do maior vendedor.

⁷⁹ Op.Cit. p.141

Cartel, conforme José dos Santos Carvalho Filho, “é a conjugação de interesses entre grandes empresas com o mesmo objetivo, ou seja, o de eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente seus lucros. Diante do poderio econômico desses grupos, o pequeno empresariado acaba por sucumbir e, por vezes, se deixar absorver pelo grupo dominante”.⁸⁰

Por fim, *dumping* é o fenômeno pelo qual uma empresa recebe investimento financeiro de seu país de forma afetar diretamente o valor do produto, gerando um excessivo barateamento. Vê-se, portanto, tratar de um fenômeno globalizado, de plano internacional.

Cabe ao Estado, ainda, atuar de forma reguladora na atividade econômica por meio do controle de abastecimento. Este consiste na regulação pelo Poder Público direcionado a manter em circulação somente bens e serviços equivalentes a demanda da coletividade. O presente fatídico comumente é verificado em tempos de alta inflação em razão da retenção dos produtos e serviços pelos fornecedores, determinando, logo, sua carência no mercado.

Também, é forma de intervenção estatal no âmbito da atividade econômica o conhecido tabelamento de preços. Os preços se subdividem em preços privados (decorrentes da lei do mercado) e públicos (fixado pelo Estado para serviços e produtos fornecidos por seus delegatários). Pois bem, a atuação estatal vê-se direcionada a regulação dos preços privados ou decorrentes do mercado. Regulação de preços, portanto, é a fixação dos preços privados de bens e produtos pelo Estado quando a iniciativa privada se revela sem condições de mantê-los nas regulares condições do mercado.⁸¹

⁸⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, Lumen Juris, 2006, p.756.

⁸¹ Op.Cit. 760

3.8 Estado Executor

De acordo com os estudos feitos preliminarmente a este tópico do presente ensaio, ao Estado é conferida a função de intervir na atividade econômica com o fito de prestigiar a livre concorrência e reprimir qualquer ato abusivo de pelos agentes econômicos.

Após a análise da intervenção do Poder Público através do Estado Regulador, passaremos ao estudo da intervenção realizada por meio do Estado Executor.

O objeto do estudo é a análise das formas em que o Estado intervém na ordem econômica por meio da prática direta ou indireta da exploração da atividade empresarial. Diz-se direta a exploração quando devido a relevância do produto ou serviço a ser comercializado, o próprio Estado assume diretamente a função de fornecedor. Isso pode ocorrer, por exemplo, na hipótese de fornecimento de remédios gratuitos a população carente. Há um misto de exploração empresarial e prestação de serviços público. A fundamentação para esta espécie de ingerência estatal encontra-se fulcrada no art. 173, caput da CF que assim expressa:

Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei.

Diante da norma constitucional, três elementos devem estar presentes para a devida legitimação da postura interventiva estatal na atividade econômica: exigência da segurança nacional, atendimento ao interesse público e existência de permissivo constitucional.

Contudo, dá-se o nome de exploração indireta a decorrente de pessoa jurídica vinculada ao Poder Público destinada exclusivamente a exploração da atividade econômica, ou seja, por meio das empresas estatais. A instituição de empresas estatais decorre da expressa assertiva localizada no art.173, §1º da CF, pelo qual aduz que a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa, da sociedade

de economia mista e de suas subsidiárias que explorem a atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços.

Oportuno, ainda ressaltar que o vínculo jurídico que une as empresas estatais ao Poder Público é um ato de delegação e não de concessão. Tal asseveração é lecionada no magistério de Eros Roberto Grau:

O concessionário do serviço está sujeito a regime determinado, que supõe a celebração de contrato, dotado de caráter especial. Vale dizer: a concessão supõe a adesão voluntária de um sujeito (o concessionário) à relação jurídica de concessão. Ainda que hoje se coloque sob vigorosa contestação o caráter contratual do instituto da concessão, visto que a relação se formaliza mediante a imposição pelo poder concedente, de um certo número de cláusulas regulamentares, suportadas por ele, concessionário, a celebração desse contrato expressa a aceitação, pelo concessionário, de capacidade para o exercício da atividade do serviço público, capacidade que lhe é atribuída pelo poder concedente. As empresas estatais, no entanto, não celebram nenhum contrato de concessão com o Estado; não manifestam adesão à situação de concessionárias: são constituídas visando a prestação do serviço. Ocupam a situação de prestadoras de serviço público em decorrência de manifestação de vontade própria, em aceitar atribuição de capacidade para o exercício da atividade, porém em decorrência de imposição legal.⁸²

Assim, a exploração indireta é a forma pela qual o Estado intervém na atividade comercial por meio das entidades paraestatais por ele criadas, vinculadas e controladas.

⁸²GRAU, Eros Roberto, **A ordem econômica na Constituição de 1988**, Malheiros, São Paulo, 2003, p 122.

3.8.1 Empresas do Estado

Baseado na norma constitucional que enumera as espécies de pessoas jurídicas pelas quais o Estado atua na atividade econômica, podemos elencar três espécies: empresa pública e sociedade de economia mista.

A empresa pública e sociedade de economia mista têm como objeto tanto a prestação de serviço público como a exploração da atividade econômica. A sua criação é autorizada por lei, uma vez que sua constituição dá-se no mesmo formato que a iniciativa privada, ou seja, com a inscrição no registro de seu ato constitutivo. Também, em relação ao pessoal devem adotar o regime da CLT.

É oportuno ressaltar que as autarquias e fundações públicas são criadas por lei e seu objeto restringe-se apenas na prestação de serviço público.

A Constituição Federal prevê que as empresas estatais terão o mesmo tratamento dispensado às empresas privadas. A ideologia da norma deve ser mitigada de acordo com a moderna doutrina administrativista. Apesar da expressa previsão constitucional, as empresas do Estado devem respeitar e seguir alguns preceitos de direito públicos, logo não cominados a iniciativa privada, como o dever de prestar contas, elaborar concurso público no recrutamento de pessoal, respeitar o princípio da obrigatoriedade de licitação, dentre outros. O STJ é aderente a esta parcial aplicação as empresas públicas das normas e princípios de direito público.⁸³

Questão interessante é no que se refere a possibilidade ou não das empresas estatais falirem. Maior parte da doutrina administrativa condena a Lei 11.101/05, mais especificamente seu art. 2º, I, já que neste dispositivo foi afastada a aplicação das regras da falência as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Ao afastar essa possibilidade as empresas estatais estariam tendo um benefício que não se estende a iniciativa privada, ferindo sobremaneira o princípio da isonomia, livre iniciativa e o direito de livre concorrência.

⁸³ Resp 683.668-RS, Rel. originário Min. Teori Albino Zavascki, Rel. para acórdão Min. Luiz Fux, 04/05/2006 – 1ª Turma.

Por fim tais empresas estatais não gozam de privilégios fiscais atribuídos a elas de forma exclusiva. Conforme José dos Santos Carvalho Filho⁸⁴, a normatividade do instituto justifica-se, pois:

Privilégios fiscais são vantagens atribuídas pelo Poder Público a contribuintes em virtude de certas situações especiais nas quais é preciso conciliar os interesses de ambos. É evidente que quem recebe um privilégio fiscal tem menor ônus do que aquele que não aquinhado. Ora-se fosse possível beneficiar as empresas do Estado com privilégios fiscais, esse fato provocaria grande prejuízo às empresas da iniciativa privada, que, em última análise, se veriam alijadas da regular concorrência.

Contudo, as sociedades de economia mista e as empresas públicas podem ser agraciadas com determinado benefício, desde que este se estenda também a iniciativa privada.

3.8.2 Monopólio estatal

O instituto consiste na exploração de determinada atividade exclusivamente por um ente. Este pode ser dividido em monopólio privado e monopólio público. O primeiro nada mais do que o fenômeno constitucionalmente vedado, ou seja, exercício de um ramo da atividade econômica exclusivamente por agente econômico. Tal fenômeno, como verificado, constitui abuso do poder econômico, de modo a ferir dentre outros princípios o da livre iniciativa e da livre concorrência.

O monopólio estatal é o desenvolvimento legalmente concedido ao Estado de determinada atividade comercial de forma privativa. É a atribuição conferida ao

⁸⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, Lumen Juris, 2006, p. 768.

Estado para o desempenho exclusivo de certa atividade do domínio econômico, tendo em vista as exigências de interesse público.⁸⁵

O exercício estatal pode se dar direta ou indiretamente, ou seja, pelo próprio Estado ou por meio de suas entidades vinculadas.

Haverá o monopólio estatal quando presente manifesto interesse coletivo ou imperativo da segurança nacional. Assim, a situação variará dependendo da causa de fundamentação. Eros Roberto Grau assinala seu entendimento da seguinte forma:

Penso, assim, que a definição da situação – como monopólio ou de participação – na qual atuará diretamente o Estado, na exploração de atividade econômica em sentido estrito, há de ser informada pelo tipo de interesse que justifique. Quando a hipótese de imperativo da segurança nacional, o monopólio, em regra, se imporá. Variadas, no entanto, poderão ser as manifestações de relevante interesse coletivo.⁸⁶

A Constituição enumera as atividades expressamente monopolizadas no art. 177, alterado pela EC n.º 9/95: a) a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; b) refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; c) importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; d) transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleos produzidos no país, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; e) pesquisa lavra o enriquecimento, reprocessamento, industrialização e o comércio de minérios e minerais e seus derivados.

⁸⁵ Op.Cit. p. 253.

⁸⁶ GRAU, Eros Roberto, **A ordem econômica na Constituição de 1988**, Malheiros, São Paulo, 2003, p 254

A doutrina enumera ainda as atividades implicitamente monopolizadas, referindo-se as previstas no art. 21 da CF: emissão de moedas (VII); exploração do serviço de telecomunicação (XI).

Por fim, cabe a União a legitimação para desenvolver a atividade monopolizada, porém pode fazê-lo diretamente ou mediante terceiros por meio de delegação.

CONCLUSÃO

A proteção ao consumidor, em nosso sistema constitucional, visa indubitavelmente à garantia da aplicação do princípio da isonomia, no seu caráter substancial, e o alcance da justiça nas relações de consumo.

A legislação, tanto constitucional quanto a infraconstitucional, tem o escopo de proteger o consumidor em face do fornecedor, já que este tem o comando da situação consumerista, dominando o conhecimento técnico do produto colocado no mercado, bem como das técnicas mercantis. Desta forma, restaria ao consumidor a sua exposição a este comando dominador, o que não se pode admitir.

Vários princípios e regras são apresentados pelo ordenamento jurídico pátrio no que concerne à igualação de oportunidade entre as partes da relação consumerista.

De acordo com o art. 170 da Constituição Republicana de 1988 temos que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros, o seguinte princípio: V – defesa do consumidor.

Diante desta dupla natureza, o Estado está legitimado a impor regras e princípios e intervir sempre que necessário nas relações envolvendo fornecedor e consumidor, sempre verificando o atributo da vulnerabilidade deste último, adotando-se assim normas jurídicas e políticas públicas para a sua proteção.

Além das normas constitucionais, a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) se apresenta como um verdadeiro microsistema de proteção à parte vulnerável, estruturando os preceitos de proteção ao consumidor de forma completa e eficaz.

Assim, diante do estudo apresentado, conclui-se que o sistema jurídico constitucional brasileiro, no que diz respeito à ordem econômica e financeira, veio a dar ênfase a princípios constitucionais aplicáveis a relações peculiares, como as que regem, especificamente, o relacionamento entre consumidor e fornecedor. Todas as

normas constitucionais ora apresentadas visam a aprimorar o sentimento de justiça e igualdade nas relações jurídicas aqui tratadas, como forma de promoção e de proteção da dignidade da pessoa humana do consumidor.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**, São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 3ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Eficácia de suas Normas**, 8ª edição, Rio de Janeiro, São Paulo Recife: Renovar – 2006.

CARVALHO Kildare Gonçalves de. **Direito Constitucional**, 12ª Edição, Belo Horizonte: *Del Rey*, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 15ª Edição. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006.

CAVALIERI, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 5ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**, 5ª Edição, Belo Horizonte: Forense, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 8ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRINOVER, Ada Pelegrini e outros. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** – Comentado pelos autores do Anteprojeto, 7ª Edição – São Paulo: Forense Universitária, 2001.

LEITE, Roberto Basilone. **Introdução ao Direito do Consumidor – Os direitos do consumidor e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor**, São Paulo: Ltr, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**, 17ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2004.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Manual de Monografia Jurídica**, 2ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

OLIVEIRA, Gesner, e RODAS João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**, 1ª Edição, Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Editora Renovar, 2004.

ROSENVOLD, Nelson e CHAVES, Cristiano. **Direito Civil – Teoria Geral**, 4ª edição, Belo Horizonte: Editora *Lumen Juris*, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**, 5ª Edição, Porto Alegre: Editora dos Advogados, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 26ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil - **Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**, 6ª Edição, São Paulo: Atlas, 2006.